



Gizartegintzan
bidelagun

Erakunde Autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

EU*i*
27 2024

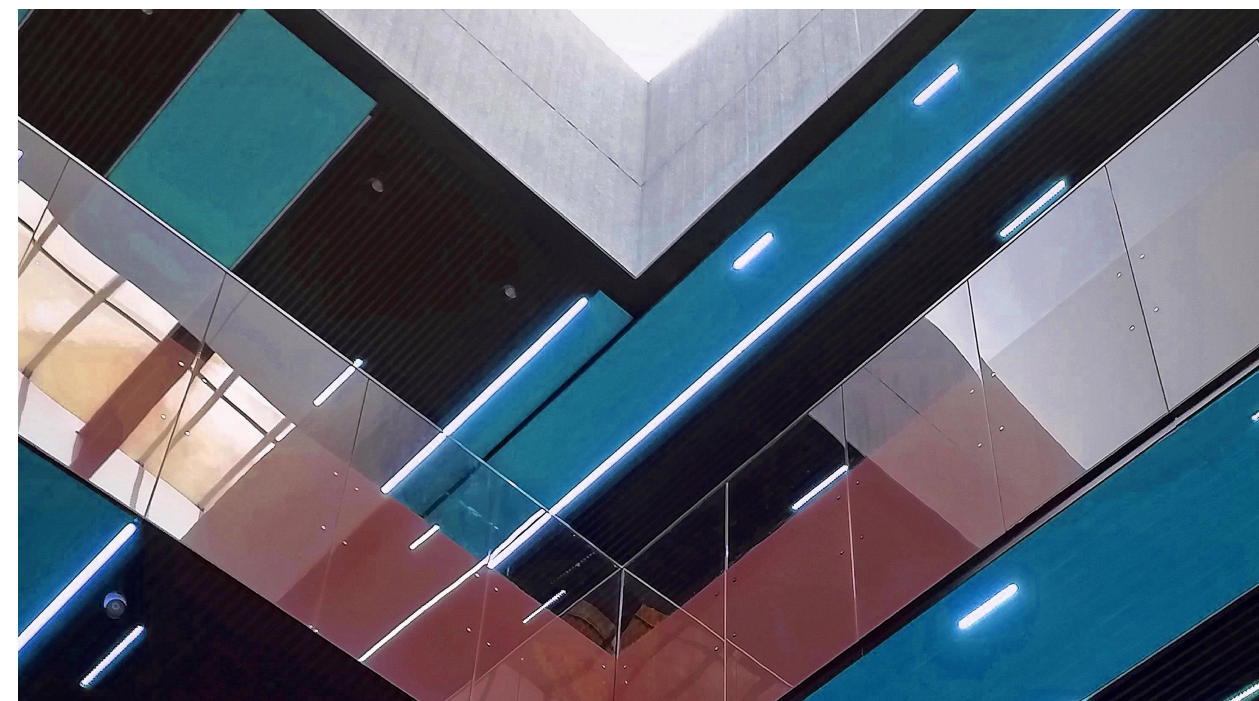


Gizartegintzan
bidelagun

Erakunde autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO



EL JUEZ NACIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EUROPEOS

Ricardo Alonso García
Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena

El juez nacional y los derechos fundamentales europeos

EUROPEAN INKLINGS (EU*i*)
NÚMERO 27, 2024

ISBN: 978-84-7777-700-7



9 788477 777007



Euskal Herriko
Unibertsitatea



MINISTERIO
DE CIENCIA
E INNOVACION



PHD2019-108719GB-I00 El principio de lealtad en el sistema constitucional de la UE



Erakunde autonomiaduna
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

European Inklings (EU) 27

El juez nacional y los derechos fundamentales europeos

Ricardo ALONSO GARCÍA
Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA

Oñati, 2024

EUROPEAN INKLINGS (EU)

Director

Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA (UPV/EHU)

Consejo Editorial

Ricardo ALONSO GARCÍA (Universidad Complutense de Madrid)
Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA (Universidad de Oviedo)
Mikel ANTÓN ZARRAGOITIA (Secretaría General de Acción Exterior. Gobierno Vasco)
Géraldine BACHOUÉ-PEDROUZO (Université de Pau et des Pays de l'Adour)
Alessandro BERNARDI (Università degli studi di Ferrara)
Giacomo DELLEDONNE (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa)
Javier DíEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ (Universidad Autónoma de Madrid)
Marta IGLESIAS BARRIO (IVAP)
Henri LABAYLE (Université de Pau et des Pays de l'Adour)
Giuseppe MARTINICO (Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa)
Isaac MERINO JARA (UPV/EHU)
Santiago RIPOL CARULLA (Universidad Pompeu Fabra)
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)
José Andrés SÁNCHEZ PEDROCHE (UDIMA)
Carlos M. VÁZQUEZ (Georgetown University)
Consejo Asesor
Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU) (Presidente)
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU)
Ana ARIZAGA BATIZ (UPV/EHU)
Joxerramon BENGOETXEA CABALLERO (UPV/EHU)
Manuel CIENFUEGOS MATEO (Universidad Pompeu Fabra)
Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)
Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (Universidad Autónoma de Madrid)
Francisco Javier DONAIRE VILLA (Universidad Carlos III de Madrid)
Juana GOIZUETA VÉRTIZ (UPV/EHU)
Maribel GONZÁLEZ PASCUAL (Universidad Pompeu Fabra)
Pablo GONZÁLEZ SAQUERO (Universidad Complutense de Madrid)
Daniel INNERARITY (Ikerbasque, UPV/EHU)
Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ (Universidad de Navarra)
Dunia MARINAS SUÁREZ (UPV/EHU)
Carmen MARTÍNEZ CAPDEVILA (Universidad Autónoma de Madrid)
Mariela MORALES ANTONIAZZI (Max Planck Institut, Heidelberg)
Zaloe PARRA EIZAGAETXEBARRIA (UPV/EHU)
Maiténa POELEMANS (Université de Pau et des Pays de l'Adour)
Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO (Universidad de Sevilla)
Iruñe SUBERBIOLA GARBIZU (UPV/EHU)
Daniel SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO (Universidad Complutense de Madrid)
Aida TORRES PÉREZ (Universidad Pompeu Fabra)
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU)

Secretaria

Ana M. SAN MIGUEL OSABA

© Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi
Euskadiko Autonomia Elkarteko Administrazioa

Edita: Instituto Vasco de Administración Pública
Administrazio Publikoaren Euskal Institutua

ISBN: 978-84-7777-700-7 (paperezko edizioa)

ISBN: 978-84-7777-701-4 (edizio digitala, web orria)

Depósito Legal: LG D 00338-2024

Índice

Relación de autores	4
Presentación del vigésimo séptimo número de los «European Inklings» (EUi 27)	5
Límites y contra-límites en la aplicación nacional de la CDFUE, y «preeminencia» del Derecho de la UE Ricardo ALONSO GARCÍA	7
El juez español y la Carta Social Europea revisada Nuria P. GARCÍA PIÑEIRO	22
El juez ordinario y la interiorización de los derechos fundamentales europeos David ORDÓÑEZ SOLÍS	47
El juez constitucional y la interiorización de los derechos fundamentales europeos Cristina IZQUIERDO SANS	79
El juez nacional y los derechos fundamentales europeos: la experiencia alemana María José ROCA FERNÁNDEZ	104
El juez nacional y los derechos fundamentales europeos: la experiencia italiana Silvia ROMBOLI	134
La Carta de DFUE y la interpretación conforme Juan Ignacio UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA	153

Relación de autores

ALONSO GARCÍA, Ricardo

Catedrático de Derecho Administrativo y de la Unión Europea, Universidad Complutense de Madrid. Cátedra Jean Monnet. Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

GARCÍA PIÑEIRO, Nuria P.

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la S.S., Universidad Complutense de Madrid.

IZQUIERDO SANS, Cristina

Profesora Titular de Derecho Internacional y Unión Europea de la Universidad Autónoma de Madrid. Letrada del Tribunal Constitucional.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David

Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

ROCA FERNÁNDEZ, María José

Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid.

ROMBOLI, Silvia

Profesora Titular de Derecho Constitucional. ESADE, Universidad Ramon Llull, Barcelona.

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio

Catedrático de Derecho Constitucional y de la UE, UPV/EHU. IP del Grupo de Investigación Consolidado «Derechos Fundamentales y Unión Europea» (Europagune).

Presentación del vigésimo séptimo número de los «European Inklings» (EUi 27)

Constituye una satisfacción presentar un nuevo número de la colección *European Inklings*, dedicada a profundizar en cuestiones de actualidad en el ámbito europeo, en este caso bajo el título «*El juez nacional y los derechos fundamentales europeos*». Continuamos de esta forma con la vocación inicial de esta colección de monografías, que es la de recoger las aportaciones realizadas por ponentes del máximo nivel en el transcurso de Jornadas o Seminarios organizados sobre estas cuestiones, y así acercar a la ciudadanía interesada temas ligados a Europa, en especial a la Unión Europea, ofreciendo análisis serios al respecto.

Los textos que conforman este volumen fueron presentados en el marco de las «Quintas Jornadas sobre Aplicación Judicial del Derecho de la Unión Europea», jornadas que, organizadas con el patrocinio del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y del Instituto Vasco de Administración Pública / Administrazio Publikoaren Euskal Institutua (IVAP/APEI), y con el mismo título que el libro, tuvieron lugar los días 4 y 5 de mayo de 2023, en el Palacio Miramar de Donostia-San Sebastián, bajo la dirección del profesor Ricardo Alonso García (Universidad Complutense de Madrid) y de mí mismo (UPV/EHU). En ellas contamos con la participación de varios Magistrados de distintos órganos jurisdiccionales y de representantes del mundo académico, quienes analizaron en profundidad algunas de las importantes cuestiones que debe tomar en consideración en su quehacer judicial el órgano jurisdiccional nacional cuando conoce de litigios relacionados con la protección de los derechos fundamentales proclamados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el Convenio Europeo.

En lo que al capítulo de los agradecimientos se refiere, debemos resaltar de forma particular el apoyo del Consejo General del Poder Judicial y del IVAP al desarrollo de estas nuevas Jornadas sobre Aplicación Judicial del Derecho de la Unión Europea. Unido a ello, y al igual que en ocasiones precedentes, queremos destacar asimismo el soporte inestimable que presta el IVAP a esta colección de los *European Inklings*, señalando también la colaboración prestada por la Universidad del País Vasco / Euskal

Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU) y el Instituto Europeo de Integración Regional de la Universidad Complutense de Madrid (IDEIR). Finalmente, hay que hacer constar también que las Jornadas se han desarrollado en el marco de las actividades de la Cátedra Jean Monnet «Federal Loyalty for a Federal European Union» concedida al profesor Ricardo Alonso García (Decision number: 6210812, Erasmus + Programme of the European Union), del Proyecto I+D sobre «El principio de lealtad en el sistema constitucional de la Unión Europea (PID2019-108719GB-I00, IP Ricardo Alonso García), y del Grupo de Investigación del Gobierno Vasco GIC IT1455-22 («Derechos Fundamentales y Unión Europea», Europagune) dirigido por el profesor Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena.

Donostia-San Sebastián, a 29 de febrero de 2024

El juez español y la Carta Social Europea revisada

Nuria P. GARCÍA PIÑEIRO

Sumario: I. Introducción.—II. El control de convencionalidad del período de prueba anual del contrato indefinido de apoyo a emprendedores. 1. El control de convencionalidad por parte de algunos Juzgados de lo Social: la aplicación del artículo 4.4 de la Carta Social Europea. 2. La revocación de las sentencias de instancia que emplearon el control de convencionalidad: la importancia de las SSTC 119/2014 y 140/2015. 3. La posición minoritaria del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, sede Las Palmas, y Juzgados de lo Social que continuaron aplicando la Carta Social Europea. 4. Unificación de doctrina por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el reconocimiento «con cautela» de la posible aplicación directa de determinados preceptos de la Carta Social Europea.—III. El corto recorrido del control de convencionalidad del despido por absentismo y la unificación de doctrina por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.—IV. El debate sobre el control de convencionalidad de la indemnización adecuada por despido improcedente. 1. El control de convencionalidad y el reconocimiento de una indemnización adicional. 2. La negativa al reconocimiento de una indemnización adicional.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

Resumen: En los últimos tiempos la Carta Social Europea ha cobrado un especial protagonismo en el ámbito jurisdiccional social, que se evidencia en los intensos debates doctrinales y judiciales sobre su posición en el sistema de fuentes y su eficacia y aplicabilidad. La Carta Social Europea ha pasado de ser citada como mero complemento de las decisiones de fondo de los órganos judiciales, a convertirse en el fundamento principal de las resoluciones judiciales de algunos juzgados y tribunales del orden social. El protagonismo se acrecienta, sin ninguna duda, por la aprobación de la reforma laboral de 2012, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 que trae a la palestra el control de convencionalidad, y la ratificación de la Carta Social Europea revisada en 2021. El estudio aborda la dispar doctrina judicial sobre la aplicabilidad de la Carta Social Europea, a raíz de los pronunciamientos judiciales que aplicaron e interpretaron la reforma laboral de 2012. Doctrina que culmina con las sentencias del Tribunal Supremo de 2022 que enjuician el control de convencionalidad en el caso del período de prueba del contrato indefinido de apoyo a emprendedores y en el despido por absentismo.

Palabras clave: Juez, social, Carta Social Europea revisada, control convencionalidad, prevalencia, aplicación directa.

Summary: In recent times, the European Social Charter has gained special prominence in the social jurisdictional sphere, which is evident in the intense doctrinal and judicial debates on its position in the system of sources and its effectiveness and applicability. The European Social Charter has gone from being cited as a mere complement to the substantive decisions of the judicial bodies to becoming the main basis for the judicial decisions of some courts and tribunals of the social order. This prominence is undoubtedly increased by the approval of the 2012 labour reform, the Constitutional Court's Ruling 140/2018, which brings to the forefront the control of conventionality, and the ratification of the revised European Social Charter in 2021. The study addresses the disparate judicial doctrine on the applicability of the European Social Charter, following the judicial pronouncements that applied and interpreted the 2012 labour reform. This doctrine culminates in the Supreme Court judgments of 2022 that examine the control of conventionality in the case of the trial period of the indefinite-term contract to support entrepreneurs and dismissal due to absenteeism.

Keywords: Judge, social, revised European Social Charter, conventionality control, prevalence, direct application.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos la Carta Social Europea ha cobrado un especial protagonismo en el ámbito jurisdiccional social, que se evidencia en los intensos debates doctrinales y judiciales sobre su posición en el sistema de fuentes y su eficacia y aplicabilidad¹. La Carta Social Europea ha pasado de ser citada como mero complemento de las decisiones de fondo de los órganos judiciales, a convertirse en el fundamento principal de las resoluciones judiciales de algunos juzgados y tribunales del orden social. El protagonismo se acrecienta, sin ninguna duda, por la aprobación de la reforma laboral de 2012, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018 que trae a la palestra el control de convencionalidad, y la ratificación de la Carta Social Europea revisada en 2021.

Así, por un lado, tras la aprobación de la reforma laboral de 2012, en virtud del Real Decreto-Ley 3/2012 posterior Ley 3/2012, algún sector de la doctrina académica y judicial ha acudido o, incluso, revisitado los textos internacionales, con el objeto de recuperar «elementos tuitivos» en el Derecho laboral español². Por otro, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre³, aborda por primera vez minu-

¹ Desde fechas tempranas la doctrina planteó la virtualidad aplicativa de la Carta Social Europea, al respecto véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978.

² Tal y como reconoce GARRIDO PALACIOS, M.A., *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del derecho internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, 2022.

³ BOE n.º 22, de 25 de enero de 2019, siendo ponente el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

ciosamente la relación entre los tratados y las leyes⁴, y recoge en un pronunciamiento *obiter dicta* la posibilidad de que los órganos judiciales ejerzan el control de convencionalidad⁵. Al efecto, el Fundamento Jurídico Sexto señala que constatado «un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley», corresponde a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria determinar cuál es la norma aplicable al caso concreto y, en consecuencia, «desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional», sin que tal desplazamiento «derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento», pues no es un juicio de validez, sino de mera inaplicación de la norma española en el supuesto de hecho concreto.

El Tribunal Constitucional conscientemente se detiene en explicar que «nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional», por lo que añade que «esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance».

A continuación, señala de manera pormenorizada que «el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia⁶».

⁴ Sobre la citada sentencia, véase, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, págs. 244-245.

⁵ Con cita de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en concreto, la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 en el asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*. Sobre el control de convencionalidad, véase, CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

⁶ FJ 6.º STC 140/2018. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, pág. 244 llama la atención sobre la omisión de la Ley de Tratados internacionales en la fundamentación jurídica de la sentencia, limitándose a citar el art. 96 CE.

La Carta Social Europea revisada se ratifica el 17 de mayo de 2021, y produce efectos desde su entrada en vigor el 1 de julio del mismo año⁷. Del art. 96. 1 de la Constitución Española se desprende que las disposiciones de la Carta priman sobre las leyes posteriores en base al principio de *supralegalidad*, jerarquía normativa o primacía reconocido a los tratados internacionales⁸. Además, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales contempla su eficacia jurídica, en los mismos términos que el precepto constitucional, al señalar que «las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional».

La Ley de Tratados Internacionales condiciona la aplicación e interpretación de la Carta por jueces y tribunales al cumplimiento de las previsiones legales sobre ejecución y prevalencia⁹. Al efecto, dispone que «los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (art. 30.1), y que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional» (art. 31). De los citados preceptos es fácil inferir que los órganos judiciales para poder aplicar e interpretar la Carta deben conjugar adecuadamente las normas sobre ejecución y prevalencia.

Por tanto, a la luz de la Ley de Tratados Internacionales y de la jurisprudencia constitucional, el control de convencionalidad de la Carta Social Europea compete a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social y, consistirá en la selección del derecho aplicable al caso concreto, desplazando en su caso a una norma interna con rango de ley para aplicar preferentemente la disposición de la Carta. Además, los órganos judiciales para poder aplicar la prevalencia de la Carta Social Europea revisada deben tener en cuenta que las disposiciones tienen que ser de aplicación directa, esto es *self-executing*, y no estar condicionadas a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias¹⁰.

⁷ Ex art. 96 Constitución Española, y art. 28 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. España ha ratificado la totalidad de la Carta revisada, siendo especialmente relevante el Anexo a la misma, ya que permite captar el alcance y las consecuencias jurídicas de cada una de las obligaciones jurídicas contenidas en la Carta.

⁸ Sobre estos principios, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, pp. 241-243.

⁹ Arts. 29-31 Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales.

¹⁰ En el ámbito académico se mantiene un debate interesante entre los que consideran que sus disposiciones son «non *self-executing*», y los que consideran que sus disposiciones son de aplicación directa. Entre los primeros, pueden citarse GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral», *Trabajo y Derecho*, n.º 15, 2016; ALZAGA RUIZ, I., «La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos (I)», *Trabajo y Derecho*, n.º 64, 2020; SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M., *Revista de Trabajo y Segu-*

A continuación, se aborda la dispar doctrina judicial sobre la aplicabilidad de la Carta Social Europea, a raíz de los pronunciamientos judiciales que aplicaron e interpretaron la reforma laboral de 2012. Doctrina que culmina con las sentencias del Tribunal Supremo de 2022 que enjuician el control de convencionalidad en el caso del período de prueba del contrato indefinido de apoyo a emprendedores y en el despido por absentismo.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL PERÍODO DE PRUEBA ANUAL DEL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES

Tras la aprobación de la reforma laboral de 2012 algunos juzgados y tribunales comienzan a aplicar la Carta Social Europea desplazando la normativa laboral española. El primer precepto cuestionado fue el art. 4.3 del RDL 3/2012 que introdujo la figura del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores, cuya característica principal residía en el establecimiento de un período de prueba de un año, exceptuando así el régimen general previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo¹¹.

1. El control de convencionalidad por parte de algunos Juzgados de lo Social: la aplicación del artículo 4.4 de la Carta Social Europea

Frente al alargamiento excepcional de la institución del período de prueba, con la consecuente ampliación de la facultad de desistimiento unilateral por parte del empresario (y, también, lógicamente, por parte del trabajador), diversos Juzgados de lo Social acudieron a lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Carta Social Europea, aprobada en Turín, el 18 de octubre de 1961, en virtud del cual las partes contratantes, entre ellas España tras ratificar el 29 de octubre de 1980 dicho instrumento internacional, se comprometían «a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de prea-

ridad Social, CEF, n.º460, 2021, «La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral»; CRISTÓBAL RONCERO, R., «La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española», *Documentación Laboral*, n.º 125, 2022. Entre los segundos destacan SALCEDA BELTRÁN, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho*, n.º 13, 2016; JIMÉNEZ QUESADA, L., «El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, n.º 16, 2020.

¹¹ Adviértase que estos contratos indefinidos fueron derogados expresamente por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 18 de diciembre, con efectos del 1 de enero de 2019, ya que la ley de 2012 que los creó preveía su derogación cuando la tasa de paro juvenil estuviera por debajo del 15%, habiéndose alcanzado una tasa de paro juvenil del 14,55% en la Encuesta de Población Activa del tercer trimestre de 2018. Tras la derogación de estos pierde sentido la conflictividad que rodeó el período de prueba de un año del contrato, tal y como recordará el propio Tribunal Supremo.

viso en caso de terminación del empleo», de cara a declarar contrario a un Tratado internacional el período de un año del mencionado contrato de apoyo a emprendedores.

En esos términos se expresó el Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona en su sentencia de 19 de noviembre de 2013¹², declarando que «es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula un Tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa» (FJ 4.º). Su razonamiento jurídico parte de que la CSE es una norma internacional que forma parte del derecho interno en virtud del juego de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española (CE), para luego afirmar «que tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea» y, por lo tanto, en aplicación del principio de jerarquía normativa «se sitúa encima de la Ley nacional». Por otra parte, esta resolución judicial es interesante porque concede valor jurídico vinculante a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales, al ser el órgano encargado de velar «por la correcta aplicación de la Carta».

En la misma dirección, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Tarragona, en su sentencia de 2 de abril de 2014, recordando que la CSE de 1961 forma parte del ordenamiento jurídico español, trae a colación la interpretación hecha por el CEDS, asevera que «el hecho de haberse fijado un período de prueba de un año por el art. 4.3 RDL 3/2012, sin derecho del trabajador a un plazo de preaviso, así como al percibo de una indemnización por la extinción de la relación laboral, conculca el art. 4.4 de la Carta Social Europea», y, por consiguiente, concluye que «no procede la aplicación del citado precepto legal», debiendo «prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto para el caso de que se trata el art. 4.3 del citado Real Decreto Ley» (FJ 7.º).

En definitiva, se constata que varios Juzgados de lo Social declararon el período de prueba de un año del contrato de emprendedores contrario al artículo 4.4 de la CSE de 1961, destacando las siguientes resoluciones: Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid de 28 de marzo de 2014, Juzgados de lo Social núm. 3 y 19 de Barcelona de 5 y 11 de noviembre de 2014 respectivamente, Juzgado de lo Social núm. 9 de Las Palmas de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, o las sentencias del Juzgado de lo Social núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 11 de mayo y 3 de junio de 2015.

2. La revocación de las sentencias de instancia que emplearon el control de convencionalidad: la importancia de las SSTC 119/2014 y 140/2015

El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores también fue sometido a control de constitucionalidad, planteándose cuestión de inconstitucionalidad por el TSJ

¹² SJS 1 de Barcelona, núm. 412/2013, de 19 de noviembre de 2013 (Roj: SJSO 63/2013-ECLI:ES:JSO:2013:63).

de Cataluña por la disconformidad a derecho del art. 4 del RDL 3/2012¹³. El auto de planteamiento de la cuestión contenía un voto particular discrepante suscrito por siete magistrados, que defendían que el caso debería haberse resuelto directamente mediante la aplicación tanto del artículo 4.4 de la CSE como el artículo 4 del Convenio 158 de la OIT. Así, declaraban expresamente que el período de prueba anual «debería declararse nulo por contrario al derecho [...] e imponerse el canon de razonabilidad que establecen los textos internacionales, todo ello por [...] disposición del artículo 96.1 de la Constitución y artículo 1.5 del Código Civil, el Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea, forman parte del ordenamiento interno español y deben aplicarse directamente en España¹⁴».

El Tribunal Constitucional, en la STC 119/2014, de 16 de julio¹⁵, se pronuncia por primera vez sobre la validez del período de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores, y confirma su constitucionalidad. Si bien es cierto que la STC 119/2014 omitió cualquier referencia a la Carta Social Europea, el voto particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré aludía al art. 4.4 de la CSE de 1961. Y, dejaba constancia de la Resolución del CEDS sobre Grecia (*Resolution CM/ResChS* [2013] 2), según la cual, en opinión del magistrado, se había entendido «por unanimidad que el período de prueba de un año se opone el art. 4.4 de la CSE».

El TSJ del País Vasco también planteó un Auto de inconstitucionalidad el 21 de enero de 2014¹⁶, en donde el Voto particular, en aplicación de los Convenios de la OIT (en particular, Convenio 158 OIT y su artículo 4) y de la Carta Social Europea entendía que incluso no era necesario que se sustanciase la cuestión de inconstitucionalidad «porque directamente esta Sala podía tener por no puesta la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo en base a no superar el período de prueba». Este auto de inconstitucionalidad fue rechazado por la STC 140/2015, de 22 de junio¹⁷, que volvería a reiterar la conformidad a la Constitución del artículo 4.3 del RDL 3/2012.

A partir de las sentencias citadas del Tribunal Constitucional la doctrina judicial en suplicación comienza a revocar diferentes sentencias de los Juzgados de lo Social que habían aplicado el control de convencionalidad y declarado contrario a la Carta Social Europea originaria el período de prueba anual previsto para el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

¹³ Auto núm. 5035/2013, de 24 de abril de 2014, auto comentado por SALCEDO BELTRÁN, C., «De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales (A propósito de la SJS n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014)», 14 de noviembre de 2017, *Editorial Bomarzo*.

¹⁴ Con anterioridad a la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad por el TSJ de Cataluña, el Parlamento de Navarra había presentado el 5 de octubre de 2012 un recurso de inconstitucionalidad contra la referida reforma laboral.

¹⁵ BOE Núm. 198, de 15 de agosto de 2014.

¹⁶ ATSJ País Vasco, núm. rec. 2018/2013, de 21 de enero de 2014 (Roj: ATSJ PV 2/2014-ECLI:ES:TSJPV:2014:2A).

¹⁷ BOE Núm. 182, de 31 de julio de 2015.

Así, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Mataró, de fecha 29 de abril de 2014¹⁸, que reproducía prácticamente en su FJ 3.º lo resuelto por la citada sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, fue revocada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de diciembre de 2014¹⁹, principalmente sobre la base de la STC (Pleno) núm. 119/2014, de 16 de julio, que había declarado la constitucionalidad del período de prueba anual en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores. En concreto, el TSJ de Cataluña afirmaría que «hay que precisar que por sí misma la Carta Social Europea de 1961 no desvirtúa la interpretación que hace el Tribunal Constitucional citada anteriormente», recordando a continuación que el art. 4.4 CSE reconoce el derecho de los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de empleo, si bien desechando el motivo de oposición de la parte recurrida (y, consecuentemente, desestimando el recurso de suplicación), al entender que «el término de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado» (FJ 5.º).

Por el contrario, otros Juzgados, tras las SSTC 119/2014 y 140/2015, comenzaron a negar la aplicabilidad directa de la CSE sin entrar a valorar o tener en cuenta ningún argumento adicional, como el Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia en su sentencia de 4 de junio de 2015²⁰, según el cual «acogiendo los razonamientos del TC, debe reputarse conforme a nuestro ordenamiento jurídico la norma que ampara el proceder empresarial enjuiciado con lo que por este motivo no puede apreciarse un despido nulo o improcedente» (FJ 2.º *in fine*). El TSJ de la Comunidad Valenciana en su sentencia de 23 de octubre de 2018²¹, trayendo a colación la declaración de constitucionalidad del art. 4.3 de la Ley 3/2012 por parte de las mentadas SSTC, añadiría que «sostener que los órganos judiciales pueden dejar de aplicar una norma expresamente declarada constitucional si estima que es contraria a los Tratados internacionales suscritos por España, implicaría una quiebra del sistema de garantías establecido en nuestro ordenamiento jurídico e introduciría grandes dosis de inseguridad jurídica» (FJ 3.º *in fine*).

En una posición similar podría situarse a la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco en su sentencia de 17 de noviembre de 2015²², la cual, rechazaría la infracción tanto de la CSE como de las Decisiones del CEDS, recordando que la tesis postulada por el recurso de suplicación era la postura minoritaria de la Sala plasmada en un Voto particular al Auto de cuestión de inconstitucionalidad antes mencionado. Igualmente,

¹⁸ SJS 1 de Mataró, núm. 144/2014, de 29 de abril de 2014, procedimiento: despido 492/2013.

¹⁹ STSJ Cataluña, Sala de lo Social, núm. 7937/2014, rec. 5253/2014, de 2 de diciembre de 2014 (Roj: STSJ CAT 12167/2014-ECLI:ES:TSJCAT:2014:12167).

²⁰ SJS N.º 5 de Valencia, núm. 235/2015, de 4 de junio de 2015 (Roj: SJSO 40/2015-ECLI:ES:JSO:2015:40).

²¹ STSJ de la Comunidad Valenciana, núm. 3018/2018, rec. núm. 2678/2018, de 23 de octubre de 2018 (Roj: STSJ CV 4598/2018-ECLI:ES:TSJCV:2018:4598).

²² STSJ de País Vasco, núm. 2184/2015, rec. núm. 1995/2015, de 17 de noviembre de 2015.

el TSJ de Galicia, en su sentencia de 8 de julio de 2015²³, mencionando no solamente la STC 119/2014, sino también la STJUE de 5 de febrero de 2015 (As. C-117/2014), desestimaría el recurso de suplicación que alegaba la infracción del artículo 4.4 de la CSE.

Sin duda alguna, más elaborada y ulteriormente acogida por diferentes Tribunales Superiores de Justicia fue la doctrina asentada por el TSJ de Cataluña. En efecto, la Sala General (Social) compuesta por los del STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015²⁴ se pronunciaría de manera decidida y sin circunloquios sobre la eventual aplicación de la CSE al caso concreto, contando, por el contrario, con un importante Voto particular del Magistrado Carlos Hugo Preciado Doménech, suscrito por ocho magistrados²⁵.

El parecer mayoritario de la Sala de lo Social negó la aplicación al caso del artículo 4.4 de la CSE por las siguientes dos razones: 1) «la dificultad de aplicar directamente la CSE resulta de la propia técnica jurídica utilizada en términos generales», y sobre la base de la interpretación de las Partes I y II llega a la conclusión de que «la CSE no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares, sino que solo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido»; y 2) en el Anexo a la propia CSE (Parte III) se declara que la Carta contiene «obligaciones jurídica de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV», esto es, la mayoría de los magistrados entiende que «las disposiciones de la Carta, en principio, no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales, dado su formulación genérica, requieren la adopción de medidas nacionales para la aplicación de la Carta en el derecho interno a fin de ser invocadas por los particulares [imposibilidad de *self-executing*]». Y corolario de todo lo anterior es que «si la CSE no puede ser invocada a efectos de su aplicación directa, menos lo son las Conclusiones emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales».

Esta doctrina se repetiría en las siguientes sentencias de la misma Sala, entre otras: SSTSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2016 (núm. 908/2016) y 13 de febrero de 2018 (núm. 937/2018). Y en parecidos términos la STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de abril de 2015²⁶, para quien resultaba dudoso «que

²³ STSJ de Galicia, núm. 3854/2015, rec. núm. 1844/2015, de 8 de julio de 2015 (Roj: STSJ GAL 5468/2015-ECLI:ES:TSJGAL:2015:5468).

²⁴ STSJ de Cataluña, núm. 4090/2015, rec. núm. 134/2015, de 22 de junio de 2015 (Roj: STSJ CAT 6721/2015-ECLI:ES:TSJCAT:2015:6721).

²⁵ En el VP se defiende la aplicabilidad directa de toda la CSE: «Por tanto, la CSE es derecho interno, y las disposiciones *self-executing* contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna».

²⁶ STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife), núm. 305/2015, rec. núm. 764/2014, de 22 de abril de 2015 (Roj: STSJ ICAN 2117/2015-ECLI:ES:TSJICAN:2015:2117).

las conclusiones del comité tengan eficacia suficiente como para inaplicar la norma interna, o por lo menos en los términos apetecidos por la parte actora de calificar el cese de despido y además improcedente», razonamiento que le servía a la Sala de lo Social para afirmar que «la consideración de las conclusiones del comité como interpretación “auténtica” y vinculante de la carta de 1961 es por tanto más que discutible desde el punto de vista positivo si, como ocurre con España, no se ha ratificado ni es aplicable la carta revisada de 1996».

Inspirándose en la doctrina del TSJ de Cataluña, el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 25 de marzo de 2015²⁷, rechazó la aplicación directa de la CSE porque esta «tiene la peculiaridad de presentarse como un “menú” de derechos de entre los que los Estados parte pueden, con ciertas restricciones, elegir qué derechos aceptan y cuáles no» y, en consecuencia, «todos los derechos, incluidos los no aceptados, deben considerarse principios o aspiraciones de política pública que los Estados parte tratarán de alcanzar en un futuro no demasiado lejano».

No obstante, en una sentencia muy próxima en el tiempo, el TSJ de Castilla y León (misma Sala de lo Social de Valladolid) en sentencia de 22 de abril de 2015²⁸ introduciría un argumento jurídico intermedio, apartado de las tesis que preconizaban la calificación de improcedente del desistimiento durante el período de prueba anual y que marcaría el inicio de una doctrina que, seguirá el TSJ de las Islas Canarias (sede Las Palmas) y, se impondría finalmente con matices en unificación de doctrina, tal y como se verá después. Según la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, en nuestro ordenamiento jurídico la consecuencia jurídica prevista para el incumplimiento del artículo 4.4 de la CSE «en ningún caso sería la declaración de improcedencia de la decisión empresarial, sino el nacimiento de un derecho de naturaleza indemnizatoria, concretamente a recibir una cantidad económica equivalente al salario devengado durante el período de preaviso incumplido».

3. La posición minoritaria del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias (sede Las Palmas) y de Juzgados de lo Social que continuaron aplicando la Carta Social Europea

El único tribunal de suplicación que defendió el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los magistrados *a quo* y la aplicabilidad directa de la CSE, haciendo suyo el voto particular del Magistrado Carlos Hugo Preciado Doménech en la ya co-

²⁷ STSJ de Castilla y León (Valladolid), rec. núm. 60/2015, de 25 de marzo de 2015 (Roj: STSJ CL 1380/2015-ECLI:ES:TSJCL:2015:1380).

²⁸ STSJ de Castilla y León (Valladolid), rec. núm. 164/2015, de 22 de abril de 2015 (Roj: STSJ CL 1739/2015-ECLI:ES:TSJCL:2015:1739).

mentada STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015, fue la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), en la sentencia del TSJ de 28 de enero de 2016²⁹. El pronunciamiento reproduciría prácticamente en su integridad el citado Voto Particular, aunque matizando las conclusiones: no estaríamos ante la existencia de un despido y la calificación de improcedencia del mismo, en el bien entendido de que ha existido una válida extinción del contrato; si bien, consideran procedente «fijar la correspondiente indemnización por falta de preaviso que la Sala entiende que ha de ser la prevista tanto en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores como en el 51 del mismo cuerpo legal, a saber, el importe de 15 días de salario».

Rotunda, en definitiva, sería la STSJ de Islas Canarias (Las Palmas) de 30 de marzo de 2016³⁰, que después de constada la aplicación de la CSE en el ordenamiento jurídico español (se dice textualmente «de plena aplicación directa»), concluye que «la norma española sujeta ahora al control de convencionalidad no cumple el primer contenido positivo claro de la norma de la Carta Social Europea (art. 4.4) que exige que se establezca un plazo razonable de preaviso».

Asimismo, el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en su sentencia de 12 de marzo de 2018³¹, se sumaría nuevamente a los postulados defendidos por el voto particular del Magistrado Carlos Hugo Preciado en la Sentencia del Pleno del TSJ de Cataluña de junio de 2015 y sintetizaría de manera muy gráfica el estado de la doctrina judicial en cuanto a la aplicación directa de la CSE y el control de convencionalidad. Así, al igual que la Sala de lo Social del TSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), estimó que las previsiones del art. 4.4 de la CSE son suficientemente precisas y que la regulación del período de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores es contraria a la misma, en lo que respecta al derecho a un plazo de preaviso razonable (FJ 3.º). En ese mismo sentido, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Talavera de la Reina, de 29 de junio de 2018³² aunque con menor esfuerzo argumental y prácticamente nula justificación sobre el ejercicio del control de convencionalidad, retoma la senda nuevamente iniciada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona.

²⁹ STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, núm. 30/2016, rec. núm. 581/2015, de 28 de enero de 2016 (Roj: STSJ ICAN 1420/2016-ECLI:ES:TSJICAN:2016:1420).

³⁰ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, núm. 252/2016, rec. núm. 989/2015, de 30 de marzo de 2016 (Roj: STSJ ICAN 829/2016-ECLI:ES:TSJICAN:2016:829).

³¹ SJS n.º 26 de Barcelona, núm. 1037/2016, de 12 de marzo de 2018 (Roj: SJSO 1483/2018-ECLI:ES:JSO:2018:1483).

³² SJS n.º 3 de Talavera de la Reina, núm. 152/2018, de 29 de junio de 2018 (Roj: SJSO 4856/2018-ECLI:ES:JSO:2018:4856).

4. Unificación de doctrina por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo: el reconocimiento «con cautela» de la posible aplicación directa de determinados preceptos de la Carta Social Europea

Por primera vez, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo —Sentencia de 28 de marzo de 2022³³— se pronuncia expresamente acerca del ejercicio del control de convencionalidad y, más específicamente, en relación con la eventual aplicación de los preceptos de la Carta Social Europea, confirmando a primera vista la tesis defendida por la STSJ Canarias (Las Palmas) de 28 de enero de 2016 (rec. 581/2015) anteriormente reseñada, y que sirvió de referencia al Tribunal Supremo en el recurso de casación para unificación de doctrina. La sentencia de la Sala IV criticada por unos y alabada por otros es de especial relevancia, no tanto por el caso enjuiciado sino, por la doctrina que sienta en relación con el alcance del control de convencionalidad y las cautelas que se extraen de la fundamentación jurídica.

El Tribunal Supremo ciñe el fallo al caso enjuiciado, por lo que es de especial relevancia ponerlo de relieve. El Juzgado de lo Social declara la improcedencia del despido de una trabajadora que prestó servicios bajo la modalidad del contrato de apoyo a emprendedores desde el 1-10-2018 a 30-1-2019 que se le entrega carta de despido por no haber superado las expectativas propias del período de prueba. Al mismo tiempo se extinguen 27 contratos en igualdad de circunstancias, y la empresa finaliza su actividad a los cuatro días de despedir a los trabajadores, el 3-2-2019.

Para el Tribunal Supremo la virtualidad del art. 4.4 de la CSE estriba en que al no entender adecuado trasladar el régimen común del desistimiento durante el período de prueba al caso enjuiciado, *la previsión de la CSE* actúa como resorte interpretativo auxiliar³⁴. El despido no se produce porque la trabajadora no supere el período de prueba, sino porque el puesto de trabajo creado no era viable y sostenible.

Al respecto el Tribunal Supremo entiende, sin desconocer la interpretación del CEDS sobre el período de prueba del CAE, que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE), y considera que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo a la conclusión de reconocer el plazo de preaviso por analogía al despido objetivo.

Así, concluye el Fundamento Jurídico Noveno «cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores

³³ STS, Sala de lo Social, núm. 268/2022, RCUUD núm. 471/2020, de 28 de marzo de 2022 (Roj: STS 1354/2022-ECLI:ES:TS:2022:1354).

³⁴ Al respecto el FJ 8.º D) señala «(...) que la aplicación de tal plazo de preaviso concuerde con las exigencias de la CSE constituye resorte hermenéutico importante, sobre cuyo verdadero alcance, pese a no ser la única razón de nuestra decisión (...)».

(que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET».

La sentencia del Tribunal Supremo resuelve que «el período de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En este caso debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET por varias razones: analogía con el despido objetivo; concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en la Carta Social Europea; cumplimiento de buena fe de los derechos y obligaciones contractuales; ajenidad del contrato de trabajo³⁵». Además, en coherencia con su fundamentación la Sala Cuarta concluye que la doctrina no afecta a los supuestos de contrato de apoyo a emprendedores en el que el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración³⁶.

Al margen de la concreta respuesta proporcionada por el Tribunal Supremo, que considera que durante el período de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores debe observarse de manera análoga el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, un plazo de preaviso de 15 días. La inteligencia de la sentencia radica en clarificar la doctrina sobre el control de convencionalidad y la aplicabilidad de la Carta Social Europea originaria. La sentencia, tildada tanto de cautelosa como de resiliente³⁷, presenta un interés que va más allá del supuesto de hecho enjuiciado por múltiples motivos, tal y como se verá dirá a continuación³⁸.

En primer lugar, el Supremo descarta la oposición del contrato de apoyo a emprendedores y del período de prueba de un año a la Constitución, al Derecho de la UE y a la propia Carta Social Europea. Para la Sala Cuarta lo relevante es si en el caso enjuiciado debe ser exigible un plazo de preaviso razonable cuando el empleador desiste. En el caso ha quedado acreditado que la empresa activa el desistimiento por causas inherentes a sus problemas de viabilidad, no por razones de índole asociadas al período de prueba. El desistimiento en este caso está asociado a la imposibilidad empre-

³⁵ FJ 10.º.

³⁶ FJ 10.º.

³⁷ MOLINA NAVARRETE, C., «Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo “abre la veda” de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 469, 2022, p. 248.

³⁸ Ponente: Magistrado Antonio Vicente Sempere Navarro.

sarial de consolidar los empleos, y el Tribunal aplica el plazo de preaviso del despido objetivo por causas empresariales de 15 días, ex art. 53.1.c) ET³⁹.

En segundo lugar, se reconoce sin ambages que para aplicar directamente la Carta Social Europea es necesario que el tratado o sus disposiciones tengan carácter auto ejecutivo o *self-executing*, tal y como venía defendiendo un sector autorizado de la doctrina laboralista e internacionalista. Al respecto, establece que «no debe olvidarse que tanto las previsiones constitucionales (art. 96) cuanto las reglas sobre la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales muestran que «los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes» (art. 30.1)⁴⁰».

En tercer lugar, y por lo que respecta a la aplicación directa de la Carta Social Europea, el Tribunal Supremo advierte con atino que, dado el contenido heterogéneo de la misma, «no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular». Además, la Sala Cuarta con acierto subraya que «la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias⁴¹».

En cuarto lugar, otorga carta de naturaleza al control de convencionalidad al señalar que «la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (FJ 4.º), 23/2019 (FJ 2.º), 35/2019 (FJ 2.º), 36/2019 (FJ 2.º), 80/2019 (FJ 3.º) y 87/2019]⁴²».

Después de toda la argumentación descrita, y rodeado de todas las cautelas posibles, el Tribunal Supremo afirma que «las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada o la utilización de un concepto indeterminado

³⁹ FJ 8.º recoge los argumentos para aplicar el plazo de preaviso propio del despido por causas objetivas.

⁴⁰ FJ 9.º.

⁴¹ FJ 9.º.

⁴² FJ 9.º.

nado para aludir al plazo de preaviso deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada». Repárese en la insistencia de la Sala en referirse al valor interpretativo de la Carta Social Europea, y en el razonamiento ponderado y elaborado del fallo⁴³, resultando el alambicado pronunciamiento del Supremo acorde con la sentencia de referencia, y con los arts. 10.2 y 96 de la Carta Magna y con la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales. La propia sentencia advierte que «la estimación del recurso no significa asumir la argumentación de la sentencia referencial en sus propios términos⁴⁴».

III. EL CORTO RECORRIDO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DEL DESPIDO POR ABSENTISMO Y LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo dicta su segunda sentencia sobre el control de convencionalidad un día después, el 29 de marzo de 2022. Al contrario de lo que sucedía con el período de prueba anual del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, el control de convencionalidad y la posible inaplicación del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores relativo al despido por absentismo suscitaba aún más dudas desde el punto de vista de su adecuación al sistema de garantías jurisdiccionales consagrado constitucionalmente y, en última instancia, a los principios vertebradores del Estado de Derecho (art. 9.3 de la CE). Máxime cuando la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019 había declarado ya la constitucionalidad del art. 52.d) ET que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral⁴⁵.

En este caso, el control de convencionalidad lo aplica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de enero de 2020⁴⁶ al estimar el recurso de suplicación y declarar la improcedencia del despido al considerar que el mencionado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores es contrario al artículo 6.1 del Convenio 158 de la OIT, interpretado conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada. A tales efectos, aunque la Sala reconocía que la CSE de 1996 no había sido ratificada por España, esta constituye «un innegable criterio hermenéutico para perfilar el contenido y alcance del derecho a no ser despedido por ausencias

⁴³ Para MOLINA NAVARRETE, C., «la persistente resistencia de la mayoría de la sala a este avance ha obligado a un razonamiento mucho más ponderado y elaborado, también alambicado, para alcanzar el mismo resultado que si no se hubiese cogido el camino elíptico, sino el de la aplicación directa de la CSE», *cit.*, p. 249.

⁴⁴ FJ 10.º.

⁴⁵ La STC también cuenta con un voto particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

⁴⁶ STSJ de Cataluña, núm. 274/2020, rec. núm. 5532/2019, de 17 de enero (STSJ CAT 1/2020-ECLI:ES:TSJCAT:2020:1), siendo ponente el Magistrado Carlos Hugo Preciado Doménech.

temporales del trabajo por motivos de enfermedad». En síntesis, la clave del razonamiento jurídico es que la interpretación realizada por parte de los magistrados del artículo 6 del Convenio 158 OIT «se corrobora con el art. 24 de la Carta Social Europea, según el cual no se consideran justas causas de despido [art. 24.3.f) CSE] “la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”» y que, «a diferencia del Convenio 158 OIT, dicho precepto no admite limitaciones, por lo que garantiza un estándar de protección más elevado».

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de marzo de 2022⁴⁷, revoca la STSJ de Cataluña principalmente porque «no cabe declarar la improcedencia de un despido aplicando un tratado internacional que no había sido ratificado ni publicado en el Boletín Oficial del Estado en el momento de la extinción del contrato de trabajo porque dicho tratado no formaba parte del ordenamiento interno y ello vulneraría la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE⁴⁸». Además, la sentencia casada y anulada elude la STC 118/2019, de 16 de octubre anteriormente citada que declara la constitucionalidad del artículo 52.d) del ET⁴⁹, esgrimiendo que las consideraciones que el Tribunal Constitucional efectúa sobre la adecuación del art. 52.d) ET al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, «constituyen un *obiter dicta* no vinculante, por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria». El Tribunal Supremo, a modo de recordatorio, concluye que «el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica».

En relación con la alegación del TSJ respecto a la calificación de la STC 118/2019 como *obiter dicta*, el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de noviembre de 2022⁵⁰, al margen de confirmar su posición por lo que se refiere al derogado artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, rectifica lo mantenido por el TSJ de Cataluña, aseverando que «El TC se pronunció expresamente en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, sin que dicho pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales pueda considerarse un mero *obiter dictum*». En este pronunciamiento, el Tribunal Supremo descarta nuevamente la aplicación del control de convencionalidad en relación con el despido por absentismo del art. 52.d) del ET, aunque este ya había sido derogado a título particu-

⁴⁷ STS, Sala de lo Social, núm. 270/2022, RCUd núm. 2142/2020, de 29 de mayo de 2022 (Roj: STS 1427/2022-ECLI:ES:TS:2022:1427), siendo ponente el Magistrado Juan Molins García-Atance.

⁴⁸ FJ 7.º.

⁴⁹ STSJ de Cataluña criticado abiertamente también por ALONSO GARCÍA, R., por obviar la sentencia del TC, «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 199, 2020, p. 25.

⁵⁰ STS, Sala de lo Social, núm. 888/2022, RCUd núm. 2308/2021, de 2 de noviembre (Roj: STS 4090/2022-ECLI:ES:TS:2022:4090).

lar por el RDL 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores.

IV. EL DEBATE SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN ADECUADA POR DESPIDO IMPROCEDENTE

Junto al período de prueba de apoyo a emprendedores y del despido por absentismo, en julio de 2020 algunos órganos judiciales comienzan a aplicar la Carta Social Europea, y el Convenio 158 OIT, desplazando en ocasiones la normativa laboral al reconocer una indemnización adecuada por despido improcedente.

El inicio del debate sobre la indemnización adecuada puede situarse en la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, de 31 de julio de 2020⁵¹ que resuelve un despido producido durante la etapa COVID y con vigencia de la denominada «prohibición de despedir» contenida en el art. 2 del Real Decreto-Ley 9/2020, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. Se descarta la declaración de nulidad hasta que no se pronuncie en casación unificadora la Sala de lo Social y se adhiere a la clásica doctrina del Tribunal Supremo (STS de 29 de septiembre de 2014, RCUd núm. 3248/2013), esto es, la nulidad queda reservada para los casos más graves, con vulneración de derechos fundamentales, o relacionados con situaciones susceptibles de especial protección, previstos en el art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Ahora bien, aun declarando la improcedencia y no la nulidad, dicho fallo no obsta a que el Juzgado de instancia ejerza el control de convencionalidad, a fin de analizar si la indemnización legal que le corresponde al demandante «puede considerarse mínimamente disuasoria para la empresa» (FJ 3.º). A tales efectos, se remite a lo dispuesto en el art. 10 *in fine* del Convenio 158 OIT que prescribe que los órganos judiciales «en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada».

El Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona dicta tres sentencias aplicando el control de convencionalidad y reconociendo una indemnización adecuada. Todas ellas fueron recurridas ante el TSJ de Barcelona, siendo todas revocadas por un importante óbice procesal, la no alegación de los concretos daños y perjuicios por parte de los trabajadores en la demanda.

⁵¹ SJS n.º 26 de Barcelona, núm. 170/2020, de 31 de julio de 2020.

A pesar de la estimación de los recursos, el TSJ de Cataluña en abril⁵² y en mayo⁵³ de 2021, construye su doctrina de la indemnización adecuada, avalando el criterio del magistrado de instancia y entendiendo correcto el control de convencionalidad por este efectuado, aunque corrigiendo la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona en cuanto a la aplicación del artículo 24 de la CSER ya que aún no había sido suscrita por España. Se centra la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en el artículo 10 del Convenio 158 OIT y la previsión de una «indemnización adecuada».

Así las cosas, según el TSJ, «ocurre que *en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar "adecuada" y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT*». Es precisamente en esas situaciones puntuales cuando no resulta descartable a juicio de la sala «que se superen los límites legales», si bien para que eso suceda «será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: 1) la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; 2) que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato» (y, realmente, habría que añadir un tercero, quizá el más complicado, como se dirá, la alegación en demanda de esos daños y perjuicios y su posterior acreditación).

La posterior sentencia del TSJ de Cataluña de 14 de julio de 2021 abunda en la doctrina de la indemnización adecuada, estimando nuevamente el recurso de la empresa, y reduciendo el importe indemnizatorio por falta de acreditación o relevancia de los daños y perjuicios aducidos en el escrito rector del procedimiento. La sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Granollers de 1 de febrero de 2021 (procedimiento 769/2020) declara la improcedencia y fija una indemnización adicional de 14.000 euros porque se había evidenciado que la aplicación estricta del artículo 56 del ET era totalmente insuficiente «para tener un efecto disuasorio» y por tanto es contraria al Convenio 158 de la OIT, quedando ese extremo acreditado habida cuenta de la «forma de proceder de la empresa en los despidos que ha llevado a cabo durante todo este año [...] en los que ha alcanzado un acuerdo en todos ellos con abono de las indemnizaciones correspondientes».

El TSJ de Cataluña estima el recurso de suplicación sencillamente porque la sentencia de instancia basa su razonamiento para conceder una indemnización adicional única y exclusivamente por la finalidad disuasoria, sin tener en cuenta, por tanto, el fin resarcitorio y la necesidad de acreditación de los daños específicos que padecen los trabajadores como consecuencia de la extinción sin causa de sus contratos.

⁵² Las primigenias SSTSJ de Cataluña, núms. 2265/2021 y 2273/2021, rec. 5233/2020, de 23 de abril de 2021 (Roj: STSJ CAT 1586/2021-ECLI:ES:TSJCAT:2021:1586).

⁵³ STSJ de Cataluña, núm. 2757/2021, rec. 5234/2020, de 20 de mayo de 2021 (Roj: STSJ CAT 1586/2021-ECLI:ES:TSJCAT:2021:1586), que reitera la doctrina contenida en la STSJ CAT de abril de 2021.

1. El control de convencionalidad y el reconocimiento de la indemnización adicional

La aplicación del Convenio 158 OIT o del art. 24 de la Carta Social Europea para el reconocimiento de la indemnización adicional al despido improcedente plantea grandes cuestiones jurídicas, tanto a nivel doctrinal como judicial, tal y como se verá a continuación.

La STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2023⁵⁴ reconoce por vez primera una indemnización adicional a la legalmente tasada en el Estatuto de los Trabajadores. Se concede una indemnización complementaria «en aquellos supuestos en que la indemnización correspondiente por despido improcedente sea exigua y no tenga un efecto disuasorio para la empresa, ni compense suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo asimismo una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato», acreditándose por la actora en el caso de autos lucro cesante derivado de la imposibilidad de acceder a una prestación contributiva de desempleo (a la que hubiera tenido acceso de haber permanecido en la empresa y de haberse acogido a las medidas extraordinarias sobre protección de desempleo contempladas en el art. 25 del RDL 8/2020).

En la misma línea, aunque sin conceder efectivamente una indemnización adicional o complementaria, otros TSJ se han sumado a las tesis auspiciadas y defendidas por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña. Por ejemplo, el TSJ de Galicia en sentencia de 21 de octubre de 2022⁵⁵ se abre a aplicar el control de convencionalidad, pero siempre «analizando caso a caso», entendiendo que «seguramente en muchos casos la indemnización calculada conforme al art. 56.1 del ET [...] va a ser una indemnización adecuada en los términos del artículo 24 de la CSER». O, en su sentencia de 27 de mayo de 2022⁵⁶, en donde estiman que «cabe la posibilidad de realizar un control de convencionalidad que fije una indemnización adicional en supuestos excepcionales».

Otros Tribunales, aunque sin la rotundidad y convicción de los TSJ de Cataluña y Galicia, parecen reconocer, pero muy indirectamente y sin declaración expresa, la posibilidad de conceder una indemnización adicional en supuestos muy excepcionales. Así, el TSJ de Aragón en sentencia de 23 de diciembre de 2022⁵⁷ declara que la indemnización legal es la debida «sin que sea posible reconocer una indemnización adi-

⁵⁴ STSJ de Cataluña, núm. 469/2023, rec. 6219/2022, de 30 de enero de 2023 (Roj: STSJ CAT 2/2023-ECLI:ES:TSJCAT:2023:2).

⁵⁵ STSJ de Galicia, núm. 4819/2022, rec. 3751/2022, de 21 de octubre (Roj: STSJ GAL 7188/2022-ECLI:ES:TSJGAL:2022:7188)

⁵⁶ STSJ de Galicia, núm. 2540/2022, rec. 1631/2022, de 27 de mayo de 2022 (Roj: STSJ GAL 3916/2022-ECLI:ES:TSJGAL:2022:3916).

⁵⁷ STSJ de Aragón, núm. 974/2022, rec. 935/2022, de 23 de diciembre de 2022 (Roj: STSJ AR 1701/2022-ECLI:ES:TSJAR:2022:1701).

cional, en cuanto no se acredita ni una infracción de derechos fundamentales, ni la existencia de perjuicio superior al derivado de la pérdida del empleo». También el TSJ de Navarra en sentencia de 24 de junio de 2021⁵⁸, afirma que «no se aprecian en el supuesto de autos circunstancias excepcionales que aconsejen reconocer al actor una indemnización económica por distinto distinta a la prevista legalmente».

Más recientemente, desde la propia instancia judicial, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Bilbao, en su sentencia de 23 de julio de 2023⁵⁹, reconoce una indemnización adicional a raíz del enjuiciamiento de un despido arbitrario. Afirma que «el reconocimiento de una indemnización superior a la establecida legalmente en base al convenio 158 de la OIT y el art. 24 de la Carta Social Europea, se da cuando la indemnización por despido improcedente sea exigua y no tenga un efecto disuasorio para la empresa, ni compense suficientemente a la persona trabajadora por la pérdida de ocupación, concurriendo así mismo una clara y evidente ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato, fijándose en tal caso una indemnización superior que compense los daños causados (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) y para preservar la igualdad de partes y evitar la indefensión en el *petitum* de la demanda del trabajador despedido se deben concretar los daños y perjuicios que necesitan de compensación y prueba contradictoria de su *quantum*». Y en el caso de autos, en opinión del magistrado *a quo*, «el despido del demandante constituye un abuso de derecho por parte de la empresa por ausencia de prueba de toda causa disciplinaria, siendo absolutamente genérica la carta de despido entregada al actor» y «habiendo ya reconocido la improcedencia del despido en el acto de conciliación», fijando una indemnización de 11.666,68 euros, en atención a que el actor había causado baja voluntaria en su anterior empresa.

2. La negativa al reconocimiento de una indemnización adicional

Junto a las sentencias que reconocen una indemnización adicional por la vía del control de convencionalidad, numerosas sentencias se han opuesto al reconocimiento de una indemnización adicional a la legalmente tasada. En ese sentido, el TSJ de Asturias, en sentencia de 21 de diciembre de 2021⁶⁰, afirmó expresamente que «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada (art. 4 del Convenio 158 de la OIT y art. 24 de la Carta Social Europea) se encuentra salvaguardado por lo dispuesto en el art. 56 del ET».

⁵⁸ STSJ de Navarra, núm. 206/2021, rec. 198/2021, de 24 de junio de 2021 (Roj: STSJ NA 355/2021-ECLI:ES:TSJNA:2021:355).

⁵⁹ SJS n.º 1 de Bilbao, núm. 252/2023, de 20 de julio de 2023.

⁶⁰ STSJ de Asturias, núm. 2170/2021, rec. 2295/2021, de 21 de diciembre (Roj: STSJ AS 3935/2021-ECLI:ES:TSJAS:2021:3935).

En ese mismo sentido, el TSJ de Madrid, en sentencia de 22 de septiembre de 2022⁶¹, resuelve un recurso de suplicación donde expone que en caso de terminación injustificada de la relación laboral, cuando la legislación no prevea ordenar la readmisión del trabajador, el órgano judicial tendrá la facultad de acordar el pago de una indemnización adecuada o apropiada, alegándose la vulneración de los artículos 24 de la CSE y 10 del Convenio 158 OIT, en relación con el artículo 31 de la Ley 25/2014. El TSJ desestima el motivo «al no proceder la indemnización disuasoria interesada en el suplico del recurso porque no estamos ante un despido nulo por vulneración de derechos fundamentales».

En esta línea, el TSJ de Madrid ha vuelto a reiterar en sentencia de 19 de octubre de 2023⁶² el criterio fijado por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 26 de mayo de 2022⁶³, al entender que el CEDS no tiene la potestad de dictar sentencias vinculantes, sino recomendaciones y conclusiones y, por ello, el alcance de las decisiones del CEDS «es apenas doctrinal». Se defiende el sistema de indemnización tasada establecido legalmente y, en particular, sobre la base de la «eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador», lo que dota al sistema de seguridad jurídica. Por último, se considera que el binomio salario/antigüedad no es una fórmula que se oponga al artículo del Convenio 158 OIT, dado que este «se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de una indemnización adecuada».

Asimismo, la STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2023⁶⁴ se detiene a transcribir los artículos de los tratados internacionales cuya aplicación se pretende, llegando a la conclusión que la legislación española cumple el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT, es decir, «cumple con la reparación alternativa, de ordenar el pago de una indemnización adecuada, y lo hace, como es notorio, de forma automática, con la mera acreditación de que se ha producido un despido y que este no ha expresado causa». Y, en relación con el artículo 24 de la CSE, «presuponiendo su carácter vinculante» (reserva un tanto innecesaria porque la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, otra cosa es que sea posible su aplicación directa), el TSJ de Galicia alcanza el convencimiento de que la ley española se ajusta a los mandatos internacionales precisamente porque garantiza que «un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo internacional».

⁶¹ STSJ de Madrid núm. 523/2022, rec. 483/2022, de 22 de septiembre de 2022 (Roj: STSJ M 11351/2022-ECLI:ES:TSJM:2022:11351).

⁶² STSJ de Madrid núm. 643/2023, rec. 454/2023, de 19 de octubre de 2023 (Roj: STSJ M 12015/2023-ECLI:ES:TSJM:2023:12015).

⁶³ STSJ de Madrid núm. 478/2022, rec. 264/2022, de 26 de mayo de 2022 (Roj: STSJ M 7434/2022-ECLI:ES:TSJM:2022:7434).

⁶⁴ STSJ de Galicia, núm. 4130/2023, rec. 2317/2023, de 26 de septiembre de 2023 (Roj: STSJ GAL 6384/2023-ECLI:ES:TSJGAL:2023:6384).

Por su parte, la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 1 de diciembre de 2021⁶⁵ recuerda que «las normas del Convenio 158 de la OIT no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno», añadiendo que en la legislación española no existe norma alguna que permita la doble indemnización ni la jurisprudencia interpretando dicha legislación, de tal modo que resulta imposible que «cada juez o tribunal pueda imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente».

Algunas otras sentencias, como las del TSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2022⁶⁶ o de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2023⁶⁷, rechazan la concesión de una indemnización adicional o complementaria al haber sido avalado constitucionalmente el sistema de indemnización tasada legalmente por el Tribunal Constitucional en los AATC 43/2014, de 12 de febrero⁶⁸, y 35/2015, de 17 de febrero⁶⁹. Y, por último, algún TSJ, como el de Canarias (sede Tenerife) en sentencia de 1 de marzo de 2023⁷⁰ elude entrar en el fondo, rechazando la aplicación de la CSER porque el despido era anterior en el tiempo a la entrada en vigor del texto internacional.

Tal y como ha quedado expuesto, los argumentos esbozados por la doctrina judicial de suplicación para rechazar el reconocimiento de la indemnización adicional a través del control de convencionalidad son múltiples y variados, pudiendo resaltarse el que establece que «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada (art. 4 del Convenio 158 de la OIT y art. 24 de la Carta Social Europea) se encuentra salvaguardado por lo dispuesto en el art. 56 del ET». Se presupone su carácter vinculante pero no es posible su aplicación directa. Por último, se rechaza la concesión de una indemnización adicional o complementaria al haber sido avalado constitucionalmente el sistema de indemnización tasada legalmente por el Tribunal Constitucional, etc.

A la espera del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la aplicación de la Carta Social Europea en materia de indemnización adicional o adecuada, debe afirmarse que con la legislación vigente no es posible aplicar directamente el art. 24.b)

⁶⁵ STSJ de Castilla-La Mancha, sede Albacete, núm. 1831/2021, rec. 1807/2020, de 1 de diciembre de 2021 (Roj: STSJ CLM 3135/2021-ECLI:ES:TSJCLM:2021:3135).

⁶⁶ STSJ de Andalucía, sede Granada, núm. 1107/2022, rec. 3127/2021, de 9 de junio de 2022 (Roj: STSJ AND 7447/2022-ECLI:ES:TSJAND:2022:7447).

⁶⁷ STSJ de Castilla-La Mancha, sede Albacete, núm. 229/2023, rec. 2158/2022, de 10 de febrero de 2023 (Roj: STSJ CLM 312/2023-ECLI:ES:TSJCLM:2023:312).

⁶⁸ BOE Núm. 60, de 11 de marzo de 2014. Auto de 43/2014, de 12 de febrero de 2014 que inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid en relación con diversos preceptos del RDL 3/2012.

⁶⁹ El TC inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 984/2014 promovida por el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid.

⁷⁰ STSJ de Islas Canarias, sede Santa Cruz de Tenerife, núm. 168/2023, rec. 426/2022, de 1 de marzo de 2023 (Roj: STSJ ICAN 262/2023-ECLI:ES:TSJICAN:2023:262).

CSE y desplazar la legislación nacional. Ello es así porque del apartado b) del art. 24 CSE no es predicable *a priori* una aplicación directa. Máxime cuando el Anexo de la Carta que forma parte integrante de la misma⁷¹ dispone expresamente en relación con la indemnización que «se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales». De lo dicho, parece estar fuera de dudas que se consagran el carácter *no self-executing* de los apartados citados.

V. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la doctrina judicial sobre la aplicación e interpretación de la Carta Social Europea revisada por los jueces y tribunales, y por ende del control de convencionalidad, puede concluirse que las resoluciones judiciales son escasas. La doctrina judicial es contradictoria, se superponen argumentos cuando varían las circunstancias y en función de la Sala de lo Social de cada TSJ se esgrimen diferentes razones para validar u oponerse al control de convencionalidad efectuado por el juez de instancia.

La incidencia de la CSE y del control de convencionalidad en el orden jurisdiccional social es residual, y al margen de ciertos temas polémicos como el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, despidos por absentismo o indemnización adicional por despido improcedente, no se vislumbra una especial motivación de los órganos judiciales de aplicar la Carta Social Europea y el control de convencionalidad⁷².

Para la mayoría de los tribunales laborales, la dificultad de aplicar directamente la CSE resulta de la propia técnica jurídica utilizada en la Carta. Además, por regla general la CSE no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los tribunales, sino que solo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido.

La aplicación de la Carta Social Europea revisada por el juez español debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los propios términos de la Carta, y de conformidad con la Constitución —arts. 10.2 y 96.1 CE— y el máximo intérprete constitucional, la Ley de Tratados Internacionales, y la doctrina jurisprudencial sentada en las Sentencias 268/2022 y 270/2022. De ahí pueden inferirse cinco pautas que deben guiar la actuación del juez español. *Primera*, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico y ha de interpretarse en concordancia con las restantes normas, no de forma aislada. Además, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas se interpreta-

⁷¹ Artículo N.

⁷² En sentido contrario, GARRIDO PALACIOS, M.A., «A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español», *Labos*, vol. 2, n.º 2, pág. 114.

rán de conformidad con la Carta. *Segunda*, se consagra el control difuso de convencionalidad, en el sentido de que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna para aplicar preferentemente una disposición de la Carta Social, sin que tal desplazamiento implique la expulsión de la norma, sino su inaplicación al caso concreto. *Tercera*, el control de convencionalidad es un juicio de aplicabilidad de las normas, de selección del derecho aplicable que compete a los órganos judiciales y en principio queda fuera de las competencias del Tribunal Constitucional. *Cuarta*, para aplicar directamente la Carta Social Europea es necesario que sus disposiciones tengan carácter auto ejecutivo o *self-executing*. *Dicho en otras palabras*, que «el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica». *Quinta*, el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, podrá revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho (...)».

El debate sobre el control de convencionalidad y la aplicabilidad de la Carta Social Europea ha sido avivado desde un sector doctrinal y judicial⁷³, que busca cobijo en los estándares internacionales de derechos sociales frente a la *debilitación* de los estándares nacionales. Estos debates están siendo complejos, planteándose multitud de interrogantes⁷⁴ a los que el Tribunal Supremo ha conseguido dar respuesta.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2020.

ALZAGA RUIZ, I., «La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos (I)», *Trabajo y Derecho*, n.º 64, 2020.

⁷³ Al respecto, PRECIADO DOMÉNECH, C.H., en la introducción al libro, *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, 2021, pág. 18, señala de manera muy gráfica que «El impacto que la CSE haya de tener en la praxis jurídica dependerá, en buena medida, del grado de conocimiento y la habilidad en el manejo de propio texto de la Carta revisada y de su Protocolo, primero, incorporando sus preceptos en los fundamentos de las pretensiones por los abogados/as... y después, resolviendo conforme a la doctrina que interpreta la CSE, marcada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), por los órganos jurisdiccionales... Este libro servirá a su propósito si lograr (...) contribuir a la normalización de su aplicación en la práctica jurisdiccional».

⁷⁴ Sobre los interrogantes que plantea la doctrina constitucional del control de convencionalidad, véase, ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2020, pp. 13-51.

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6.ª ed., Civitas-Thomson Reuters.
- CANOSA USERA, R., *El control de convencionalidad*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.
- CRISTÓBAL RONCERO, R., «La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española», *Documentación Laboral*, n.º125, 2022.
- GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN, I., «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral», *Trabajo y Derecho*, n.º 15, 2016.
- GARRIDO PALACIOS, M.A., *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del derecho internacional del trabajo en el iuslaboralismo español*, Tirant lo Blanch, 2022.
- GARRIDO PALACIOS, M.A., «A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español», *Labos*, vol. 2, n.º 2.
- JIMÉNEZ QUESADA, L., «El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea», *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, n.º 16, 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo “abre la veda” de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 469, 2022.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, n.º 118, 1978.
- SALCEDA BELTRÁN, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho*, n.º 13, 2016.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «De nuevo sobre el período de prueba tras la doctrina constitucional: el necesario respeto a las normas internacionales (a propósito de la SJS n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014)», 14 de noviembre 2017, Editorial Bomarzo.
- SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M., «La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n.º 460, 2021.
- PRECIADO DOMÉNECH, C.H., *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Bomarzo, 2021.