

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID



FACULTAD DE DERECHO

DPTO. DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**LA EFICACIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA
REVISADA: ESPECIAL REFERENCIA A LA
INSTITUCIÓN DEL DESPIDO**

Curso académico 2021-2022

Nombre del estudiante: Esther Sánchez García-Nieto

Tutora: Nuria P. García Piñeiro

Titulación: Doble Grado en Derecho y Filosofía

Calificación obtenida: 10/10 (TFG propuesto para Matrícula de Honor)

RESUMEN

La reciente ratificación por España de la Carta Social Europea revisada (CSEr) y del Protocolo adicional núm. 3 de Reclamaciones Colectivas abre un nuevo escenario en el ordenamiento jurídico laboral español. Para determinar el alcance de la ratificación de la CSEr, el Trabajo de Fin de Grado se dedica al estudio de la Carta Social Europea revisada y de su eficacia, y se materializa en un examen de la institución del despido en España, cuyo valor social es innegable y cuya configuración actual no ha dejado de ser cuestionada.

El Trabajo de Fin de Grado analiza en primer lugar la relevancia de la protección multinivel de los derechos laborales, así como las novedades que supone el proceso de ratificación y el control de cumplimiento de la Carta, a través del sistema de informes y de reclamaciones colectivas.

En segundo lugar, se estudia la eficacia de la Carta Social Europea revisada a través del papel que las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales podrían desempeñar en la aplicabilidad de la Carta, así como de las bases jurídicas que determinarían la viabilidad del controvertido control de convencionalidad.

En tercer lugar, se examina la actual regulación del despido en España a la luz de la CSEr, prestándose especial atención al carácter causal y a los efectos del despido injustificado. Por último, se profundiza en la influencia concreta que el artículo 24 de la CSEr podría suponer para la configuración de la institución del despido en España, en vista de las usuales reclamaciones efectuadas por la doctrina. En esta línea, se hace especial referencia a la indemnización adicional en caso de despido sin causa, vislumbrándose las posibles vías de implementación de un cambio en su configuración. El Trabajo finaliza con una alusión al caso italiano, donde el artículo 24 de la Carta ha sido tenido en cuenta por el Tribunal Constitucional italiano.

PALABRAS CLAVE: Carta Social Europea revisada (CSEr), Comité Europeo de Derechos Sociales, Tratados internacionales, Control de convencionalidad, Despido, Indemnización adicional.

ABSTRACT

The recent ratification by Spain of the Revised European Social Charter (RESC) and the Additional Protocol No. 3 on Collective Complaints opens a new scenario in the Spanish labour law. In order to determine the scope of the ratification of the RESC, the Final Degree Project is dedicated to the study of the Revised European Social Charter and its effectiveness. This is materialised in an examination of the institution of dismissal in Spain, whose social value is undeniable and whose current configuration has not ceased to be questioned.

The Final Degree Project firstly analyses the relevance of the multilevel protection of labour rights, as well as the new features of the ratification process and the compliance control of the Charter through the system of reports and collective complaints.

Secondly, the effectiveness of the Revised European Social Charter is examined through the role that the resolutions of the European Committee of Social Rights could play in the applicability of the Charter. Legal bases that would determine the viability of the controversial conventionality control are also considered.

Thirdly, it examines the current regulation of dismissal in Spain in the light of the RESC, paying special attention to its causality and the effects of unjustified dismissal. Finally, this Project delves into the specific influence that article 24 of the RESC could have on the configuration of the institution of dismissal in Spain, taking the usual claims of legal literature as a reference. In this vein, special reference is made to the additional compensation in the case of dismissal without justified cause, and the possible ways of implementing a change in its configuration are outlined. The Project ends with a reference to the Italian case, where Article 24 of the Charter has been considered by the Italian Constitutional Court.

KEYWORDS: Revised European Social Charter (RESC), European Committee of Social Rights, International treaties, Conventionality control, Dismissal, Additional compensation.

ABREVIATURAS

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

CC: Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CEDS: Comité Europeo de Derechos Sociales

CSE: Carta Social Europea

CSEr: Carta Social Europea revisada

CVDT: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

LTOAI: Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

OIT: Organización Internacional del Trabajo

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

RCEDS: Reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	8
II. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA	8
1. Inclusión y relevancia en la protección multinivel de los derechos laborales.....	8
2. Novedades, estructura y proceso de ratificación	10
3. El control de su cumplimiento.....	13
3.1. Sistema de informes.....	13
3.2. Sistema de reclamaciones colectivas	15
III. EFICACIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA	16
1. El papel de las resoluciones del CEDS.....	16
2. La aplicación de la CSEr por los tribunales españoles: el control de convencionalidad	22
2.1. El control de convencionalidad: origen y concepto.....	22
2.2. La viabilidad del control de convencionalidad en el ordenamiento español en torno a la CSEr	24
2.2.1. La recepción de los tratados internacionales.....	24
2.2.2. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes.....	26
2.2.3. La aplicabilidad de los tratados internacionales.....	29
A) La aplicabilidad directa o el carácter <i>self-executing</i> de la CSEr.....	29
B) Los tratados internacionales como criterio interpretativo (art. 10.2 CE)..	33
2.3. El Tribunal Constitucional respecto del control de convencionalidad: la STC 140/2018, de 20 de diciembre y los interrogantes sin resolver	34
IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL DESPIDO EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA CSEr	37
1. El carácter causal del despido en España	38
1.1. El despido en el ordenamiento laboral español: forma, procedimiento y calificación jurídica	38
1.2. El artículo 24.a) CSEr y la conformidad con la regulación española	43

2. Los efectos del despido injustificado en la actual regulación española	46
2.1. El ordenamiento español y su conformidad con la CSEr	46
2.1.1. La indemnización adicional y disuasoria en el ordenamiento laboral español	52
A) La jurisprudencia española y el control de convencionalidad del artículo 24 CSEr.....	52
B) El artículo 24 CSEr en la legislación española: vías de implementación y efectos	56
2.2. El despido en Italia frente a la CSEr: proyección hacia el caso español	58
V. CONCLUSIONES	60
BIBLIOGRAFÍA	63

I. INTRODUCCIÓN

La Carta Social Europea revisada (en adelante, CSEr) se ratifica y entra en vigor en España en un contexto especialmente necesitado de protección a raíz de la crisis derivada del COVID-19. En un futuro se prevé un mayor protagonismo de la Carta revisada en el ordenamiento jurídico español debido a dos circunstancias. La primera, la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas y, la segunda, la introducción que del control de convencionalidad viene haciéndose en las últimas sentencias de los órganos jurisdiccionales de lo social.

La relevancia y eficacia de la CSEr es susceptible de materializarse en la actual regulación del despido en España, una de las instituciones fundamentales del ordenamiento laboral, que habrá de ser adaptada al artículo 24 de la CSEr, si bien la manera en la que esto tenga lugar constituye una cuestión actualmente controvertida que será analizada a lo largo de este Trabajo de Fin de Grado.

II. LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

1. Inclusión y relevancia en la protección multinivel de los derechos laborales

Las normas internacionales cumplen un importante papel en el Derecho del Trabajo, en tanto que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y evitan la regresión de las garantías y derechos sociales en tiempos de crisis. En este sentido se habla de protección multinivel de los derechos laborales, por cuanto la pluralidad de instrumentos normativos, tanto de ámbito europeo como universal, junto con el diálogo que entre sus instrumentos de control se articula¹, coadyuva a mantener el modelo social pretendido por quienes suscribieron tales instrumentos².

En lo que al ámbito europeo respecta, la Carta Social Europea habita tradicionalmente en la paradoja de su desconocimiento al tiempo que es considerada

¹ De acuerdo con lo que señala Valdés Dal-Ré (F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 7,11; 89-92), y en contra de la doctrina tradicional al respecto, rechazamos aquí la esencia de jurisdiccionalidad en el concepto de protección multinivel a favor de un “diálogo judicial” no necesariamente vinculado a órganos jurisdiccionales.

² En este sentido señalan A. Martín Valverde y J. García Murcia que una de las causas que potencian el interés en las normas internacionales, especialmente en lo que al ámbito laboral respecta, es “la conciencia de la necesidad de establecer estándares mínimos internacionales en la organización de una convivencia civilizada”. Cfr. A. Martín Valverde, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 30ªed., Tecnos, Madrid, pp. 94.

como el tratado internacional más emblemático de los derechos sociales³. La Carta constituye uno de los instrumentos fundamentales de protección de los derechos sociales junto con el de su “pariente”⁴ del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre 1950, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE), de 7 de diciembre del 2000.

La CSE nace con la pretensión de complementar al CEDH y, sin embargo, queda articulada como su “hermana pobre”⁵, pues a pesar de la proclamada indivisibilidad de los derechos humanos anunciada por la Resolución 32/13 de 1977 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, los derechos sociales quedan relegados a un segundo plano⁶. Especialmente llamativo resulta, por ejemplo, la ausencia de obligatoriedad en la adhesión de la CSE para ingresar en el Consejo de Europa frente a la exigencia respecto de su homólogo, así como el carácter facultativo de su sistema de reclamaciones frente la obligatoriedad del establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Sin embargo, ello no impide que la CSE y su órgano de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), complementen en lo posible las interpretaciones que el TEDH hace de los derechos sociales contenidos en el CEDH⁷, manteniendo además la autonomía propia que le corresponde. En este sentido, la doctrina habla de una interacción dada a raíz de una vía indirecta, consistente en el autocontrol que evite resoluciones contradictorias y una directa, basada en una retroalimentación de sus interpretaciones⁸.

Menor interacción produce, sin embargo, en lo que al Derecho de la Unión Europea (UE) respecta. A pesar de que la CSE mantiene cierta relación recíproca con los

³ Cfr. L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, 2021, p. 33.

⁴ Así fue definido por el Comité de Ministros en su mensaje especial de mayo de 1954 en el que se fijaba el mandato del Comité social intergubernamental que debía realizar el proyecto de la CSE. Cfr. J.F. Akandji-Kombé. “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”. *Revista de Derecho Político*, núm. 67, 2006, pp. 387-407.

⁵ Como indica J.F. Akandji-Kombé. “Carta Social Europea y Convenio Europeo...”, op.cit. p.388, Catherine Lalumière, Secretaria General del Consejo de Europa (1989-1994), en un encuentro interregional organizado por el Consejo de Europa en 1993, calificó la CSE como la «hermana pobre» del CEDH o como un «tigre de papel».

⁶ Tradicionalmente, se ha considerado que los derechos sociales plantean un mayor coste para los Estados, así como problemáticas respecto de su justiciabilidad. Vid. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...op. cit.* pp. 94-95; L. Jimena Quesada, “El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea”, *RJUAM*, núm. 29, 2014-I, pp. 171-189.

⁷ A saber: el derecho de sindicación (art. 11 CEDH) y la prohibición de trabajo forzoso (art. 4 CEDH).

⁸ Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...op. cit.* pp. 96-97. Es el caso de la interpretación que del art. 11 CEDH hace el CEDS, recogida por el TEDH en sus resoluciones a partir de la sentencia *Sigurdur A. Sigurjónsson* de 1993. Vid. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...op. cit.* pp. 98-10.

instrumentos normativos de la UE, no sucede así con sus respectivos órganos de control, el CEDS y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En efecto, la CSE se presenta como la fuente de inspiración de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores (CCDFT), adoptada el 9 de diciembre de 1989, que aún no tendrá la eficacia de la vigente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en cuyo apartado titulado “Solidaridad” aparecen muchos de los derechos contenidos en la CSE que son, en definitiva, de índole laboral. Esta eficacia vendrá dada por el control -limitado⁹- del TJUE, manteniéndose indiferente, a pesar de las confluencias normativas, frente a las resoluciones que el CEDS emita al respecto¹⁰. Todo ello choca frontalmente con las relaciones que la UE mantiene con el CEDH que no solo ha ratificado el convenio, sino que sus órganos de control mantienen un diálogo fluido.

Antes de finalizar este apartado es conveniente hacer una breve referencia a la protección multinivel ejercida desde el ámbito universal, concretamente desde Naciones Unidas, donde destacan los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). De especial relevancia son los convenios de la OIT por cuanto son tenidos en cuenta en el ámbito de la CSE, ya sea desde el plano normativo o práctico, mediante las resoluciones del CEDS¹¹.

2. Novedades, estructura y proceso de ratificación

⁹ La justiciabilidad de los derechos de la CDFUE se encuentra, en efecto, limitada: por un lado, los derechos solo pueden ser invocados ante el TJUE cuando la problemática parte de la aplicación de una norma del derecho de la Unión, lo cual presenta complicaciones para el ámbito laboral, habida cuenta del sistema de competencias de la Unión Europea; por otro lado, la CDFUE no determina de manera clara qué derechos han de ser considerados como tales y cuáles como principios. Vid. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...* op. cit. pp. 113-125.

¹⁰ Prueba de ello es el caso en el que CEDS y TJUE resolvieron acerca de la legislación francesa (art. L. 212-4 *Code du travail*) que asimilaba, en relación a las guardias localizadas, los tiempos de trabajo con los de descanso. El CEDS concluyó la vulneración de la CSEr, al igual que el TJUE determinó la vulneración del Derecho de la Unión. Sin embargo, este no tuvo en cuenta la resolución efectuada anteriormente por el CEDS. Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...* op. cit. pp. 104-106.

¹¹ Vid. L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo...”, op.cit. p. 54-55, notas al pie. Si bien, con carácter general, los convenios de la OIT ocupan siempre un papel destacado en lo que al ordenamiento laboral respecta. Cfr. A. Martín Valverde, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 94-95; A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, 42º ed., Tecnos, Madrid, pp. 207-212.

La Carta Social Europea, en su versión originaria, se firma en Turín el 18 de octubre de 1961 y entra en vigor el 26 de febrero de 1965. Por ello, también es conocida como la “Carta de Turín”, y considerada la “Constitución social de Europa”¹².

Desde su nacimiento, la CSE es objeto de algunas reformas, materializadas en los distintos protocolos adicionales¹³. Así, el Protocolo (núm.1) adicional de 1988 añade cuatro nuevos derechos¹⁴; el Protocolo de Enmienda de 1991 (Protocolo adicional núm.2) introduce modificaciones en la Carta¹⁵ y el Protocolo adicional (núm.3) de 1995 incorpora el mecanismo de reclamaciones colectivas. Finalmente, el 1 de julio de 1999 entra en vigor la versión revisada de la CSE (hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996), que prevé sustituir la originaria y que recoge los derechos del protocolo de 1988, actualiza los ya comprendidos¹⁶, añade otros nuevos¹⁷ y ampara la posibilidad de suscribir el mecanismo de reclamaciones colectivas. De este modo, la consolidación de los instrumentos mencionados en la Carta Social Europea revisada (en adelante, CSEr) da lugar a un auténtico tratado internacional configurado en seis partes, 31 artículos y un anexo, relevante para su interpretación.

La primera parte se presenta como una mera declaración de objetivos dirigida a los Estados parte con el fin de que hagan efectivos los treinta y un derechos y principios allí recogidos. La segunda, recoge los derechos que generan obligaciones para los Estados que se vincularon a los distintos derechos. La tercera explica, entre otras cuestiones, el modo en que procede tal vinculación. La cuarta parte enuncia los procedimientos de supervisión del cumplimiento de la CSEr, y las dos últimas, tratan cuestiones más generales de la Carta¹⁸.

¹² Así se califica en el Informe de 2015 presentado en la 125ª sesión del Comité de Ministros en Bruselas, el 19 de mayo de 2015 por Thorbjørn Jagland, anterior Secretario General del Consejo de Europa, según cita L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo...”, op.cit.p.42.

¹³ Todos ellos han sido ratificados por España en la actualidad.

¹⁴ A saber: el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo; a información y consulta dentro de la empresa; a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral y el derecho a protección social de las personas ancianas. Actualmente, constituyen los arts. 20-23 CSEr, respectivamente.

¹⁵ Este Protocolo no ha entrado aún en vigor, pues requiere de la unanimidad de los Estados parte de la CSE. Sin embargo, se aplica en la práctica, a raíz de una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, salvo en lo que respecta a la elección de los miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria.

¹⁶ Es el caso del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2) o a la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), entre otros. Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...* op. cit. p. 78.

¹⁷ Concretamente, son ocho los derechos incorporados (arts. 24-31 CSEr), seis de ellos de índole laboral (entre ellos, se encuentra el derecho a la protección en caso de despido -art. 24 CSEr-, que será estudiado con posterioridad).

¹⁸ Llama la atención que, entre estas cuestiones, quede recogido el derecho de no discriminación (art. E).

En la actualidad, cuarenta y tres Estados, de los cuarenta y siete miembros del Consejo de Europa, han ratificado la Carta Social Europea¹⁹, si bien siete de ellos aún mantienen la versión original. En el caso de España, mientras que la CSE de 1961 llevaba en vigor desde el 5 de junio de 1980²⁰, la versión revisada entró en vigor el pasado 1 de julio (ratificada el 17 de mayo de 2021 mediante Instrumento de 11 de junio del mismo año) tras una larga espera desde que fue firmada, el 23 de octubre de 2000²¹.

España ratificó la totalidad de su articulado, aunque conviene tener en cuenta el peculiar sistema de ratificación de la CSE, que supone lo que muchos llaman una “ratificación a la carta”²². Así, por un lado, están los derechos considerados parte del “núcleo duro”²³, pues el artículo A.1.b) obliga a las partes a vincularse a seis de los nueve que menciona²⁴. Y, por otro lado, se prevé una suerte de “núcleo flexible”, pues deben quedar obligados de manera adicional por un número de artículos o párrafos a su elección, manteniendo el mínimo allí indicado²⁵.

Vistas las desigualdades que entre los Estados miembros del Consejo de Europa se producen, cabe señalar que nos encontramos ante una Europa social que marcha a

¹⁹ Puede consultarse el estado actual en www.coe.int/en/web/european-social-charter/signatures-ratifications

²⁰ Fue ratificada el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril del mismo año.

²¹ Las razones de tan larga espera parecen deberse, bien a la necesidad de adaptar la legislación española a la CSEr (Cfr. J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad 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*, núm. 460, 2021, p. 179) o bien, a la excesiva exigencia del CEDS respecto de los Estados parte a través del control de cumplimiento (Cfr. I. Alzaga Ruíz. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”. *Trabajo y Derecho*, núm. 64, abril 2020, p.6, edición electrónica La Ley digital)

²² Cfr. L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo...”, op.cit.p.65; Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...op. cit. p. 78*.

²³ Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...op. cit. p. 78-79*.

²⁴ Concretamente, se refiere a los artículos 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho sindical), 6 (negociación colectiva), 7 (derecho de los niños y adolescentes a protección), 12 (seguridad social), 13 (asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a protección social, jurídica y económica), 19 (derecho de los de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia) y 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo).

²⁵ En concreto, señala el precepto que cada parte deberá considerarse obligada “por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados”. Cfr. Parte III, artículo A, 1.c, Carta Social Europea revisada.

varias velocidades²⁶. Y ello no solo respecto del sistema interno de la CSE, sino también respecto de su inferior estatus frente al CEDH²⁷.

3. El control de su cumplimiento

La Parte IV de la propia CSEr prevé un sistema interno de control de su cumplimiento, sobre los derechos que las Partes se comprometen a asumir, que se desdobra en dos procedimientos: el de informes y el de reclamaciones colectivas²⁸.

A la cabeza de la labor de control e interpretación de la CSE se encuentra el Comité Europeo de Derechos Sociales, sobre el que, en esencia, baste por ahora indicar que se trata de un órgano no jurisdiccional, compuesto por quince²⁹ expertos independientes cuyos miembros son elegidos por el Comité de Ministros³⁰.

3.1. Sistema de informes

La Carta Social Europea revisada parte de su versión original de 1961 (arts. 21-29) junto con las modificaciones efectuadas por el Protocolo de Enmienda de 1991 para regular este sistema de control, que resulta obligatorio para todo Estado parte.

Se trata de un sistema de control político³¹, en el que las Partes han de remitir al Secretario General del Consejo de Europa un informe anual³² relativo a la aplicación que de las disposiciones aceptadas se esté llevando a cabo en cada Estado, tanto a nivel práctico como normativo. Ahora bien, este informe no versa sobre la totalidad de preceptos aceptados, sino sobre aquellos que, conforme a los Grupos efectuados, corresponda ese año³³. En este sentido, el Grupo 1 se refiere al empleo, formación e

²⁶ Cfr. L. Jimena Quesada. “Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: Reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall”, en AA.VV: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 121.

²⁷ Vid. Apartado II. 1. del presente TFG.

²⁸ Todas las resoluciones emitidas en el curso de tales procedimientos son de acceso público a través de la base de datos *HUDOC*.

²⁹ Se trata del número fijado por el Comité de Ministros, de acuerdo con el art. 25.1 CSE.

³⁰ A pesar de lo que señala el art. 3 del Protocolo de Enmienda de 1991 que, como se indicó anteriormente, aún no ha entrado formalmente en vigor.

³¹ Cfr. I. Alzaga Ruiz. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op. cit., p.8.

³² El artículo 21 CSE indica que la periodicidad es bienal, pues conforme señala C. Salcedo Beltrán, (“La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?*” En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 78), a partir del 2014, aquellos países que han aceptado el sistema de reclamaciones colectivas pueden llevar a cabo el sistema de informes cada dos años y de forma simplificada.

³³ Cada grupo temático es, por tanto, analizado cada cuatro años. Ello puede ser considerado como un punto en contra, pues las conclusiones del CEDS pueden llegar de manera retardada, o bien, cabe pensar que

igualdad de oportunidades³⁴; el Grupo 2, a la salud, seguridad social y protección social³⁵; el grupo 3, a los derechos relacionados con el trabajo³⁶ y el grupo 4, a niños, familias y migrantes³⁷.

A fin de alcanzar una valoración por parte del CEDS lo más completa posible, las organizaciones nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, así como las no gubernamentales³⁸, podrán presentar observaciones sobre los informes, que a su vez serán remitidos a los Estados para emitir los comentarios oportunos al respecto.

El CEDS recibirá y evaluará la información recogida durante un año, hasta la emisión de una *conclusión* que determinará la conformidad o no en el cumplimiento de la CSEr³⁹. Además, podrá solicitar información complementaria a las Partes, así como reunirse con los representantes de éstas. En caso de no disponer de información suficiente el CEDS no se pronunciará, sino que habrá de atender hasta el informe que vuelva a presentar el Estado parte cuando corresponda al bloque de preceptos. En caso de declararse la no conformidad, el Comité Gubernamental⁴⁰, compuesto por un representante de cada una de las Partes y asistido conforme al art. 27.2 CSE, determinará aquellas situaciones que precisan de una recomendación por parte del Comité de Ministros, al cual presentará sus conclusiones al respecto. A partir de ahí, el CEDS podrá

permite la correcta adaptación de los Estados a sus resoluciones (Cfr. I. Chablais, “El sistema de informes en la Carta Social Europea”. En M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 228).

³⁴ Artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24, 25 de la CSEr.

³⁵ Artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23, 30 de la CSEr. En la actualidad, el CEDS se encuentra valorando los informes recibidos respecto de las disposiciones de este bloque. Así se indica en su página web (www.coe.int/en/web/european-social-charter/national-reports)

³⁶ Artículos 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28, 29 de la CSEr.

³⁷ Artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27, 31 de la CSEr.

³⁸ Cfr. Artículos 23.1 y 27.2 CSE

³⁹ El CEDS ha llamado la atención a España respecto del incumplimiento de diversas materias, tales como el tiempo de trabajo y descanso, el salario o la negociación colectiva. Vid. X.M. Carril Vázquez. “La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 460, 2021, pp. 147-174.

⁴⁰ Este es el órgano al que se comunica toda la información relativa al proceso (informes de las Partes, informes del CEDS, observaciones de organizaciones nacionales afiliadas a aquellas internacionales que sean invitadas, entre otros) y que en España viene a ser sustituido por el “Subcomité del Comité Social Gubernamental” (vid. Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. «BOE» núm. 153, de 26/06/1980).

emitir recomendaciones al Estado no conforme con la CSE, si así lo decide una mayoría de dos tercios de los votantes (los Estados parte)⁴¹.

3.2. Sistema de reclamaciones colectivas

El Protocolo adicional (núm. 3) de 1995 (en vigor desde el 1 de julio de 1998) vino a cumplir con una de las exigencias planteadas para la renovación de la CSE⁴² al dotar al CEDS de competencia para el conocimiento de reclamaciones colectivas, un procedimiento considerado cuasi-jurisdiccional⁴³ cuya aceptación por los Estados resulta facultativa. En este sentido, el Protocolo de 1995 queda recogido en la CSEr, concretamente en la Parte IV, artículo D⁴⁴. Existen dos vías posibles de suscripción del mecanismo de reclamaciones colectivas, o bien, mediante la ratificación del Protocolo, o bien, a través de la notificación de su aceptación al Secretario General del Consejo de Europa en el momento o con posterioridad al depósito del instrumento de ratificación de la CSEr. España aceptó el mecanismo de reclamaciones colectivas por esta última vía el 17 de mayo de 2021, sumándose a los quince países que ya lo habían ratificado⁴⁵.

El procedimiento parte de una reclamación, de carácter colectivo y no individual, que únicamente pueden interponer los sujetos legitimados. Estos son, en principio, las organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores a que se refiere el art. 27.2 CSE⁴⁶; otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental⁴⁷, así como las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores sometidas a la jurisdicción del Estado parte

⁴¹ En el caso de España, ello tendrá lugar “previa consulta a la Asamblea Consultiva” (Cfr. art. 29 Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961. «BOE» núm. 153, de 26/06/1980).

⁴² En concreto, planteada por la Asamblea Parlamentaria en su Recomendación 1168/1992, de 24 de septiembre, relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa.

⁴³ Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...* op. cit. p. 59; J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 189.

⁴⁴ Si bien la regulación del procedimiento se apoya en el informe explicativo del Protocolo y el Reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales (RCEDS), en estos momentos actualizado a 19 de mayo de 2021 y accesible en la página web de la CSEr (www.coe.int/en/web/european-social-charter/rules).

⁴⁵ Dos de ellos, Croacia y República Checa, ratificaron el Protocolo de 1995 al tiempo que mantienen la aceptación de la CSE originaria y no revisada.

⁴⁶ Esto es, aquellas organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores que son observadores en las reuniones del Comité Gubernamental en el sistema de informes. Como se observa en la página web de la CSE, en la práctica, son tres: una de trabajadores, la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y dos de empleadores, *BusinessEurope* y la Organización Internacional de Empresarios (OIE).

⁴⁷ Actualmente, 62 ONGs tienen competencia, según figura en la lista publicada el 1 de julio de 2021 (<https://rm.coe.int/gc-2021-11-bil-list-ingos-01-07-2021/1680a302bf>).

contra el que se dirige la reclamación⁴⁸. Además, los Estados parte podrán reconocer el derecho a presentar reclamaciones a cualquier otra organización no gubernamental representativa sometida a su jurisdicción⁴⁹.

Las reclamaciones habrán de versar sobre una disposición aceptada por el Estado parte y no cumplida por él, indicando los términos en que se produce dicho incumplimiento. Son dirigidas al Secretario General, que las remitirá al CEDS para su valoración. En un primer momento, este deberá determinar la admisibilidad de la reclamación para posteriormente resolver sobre el fondo, lo cual tendrá lugar tras un intercambio de escritos entre las partes⁵⁰ y excepcionalmente, tras la celebración de una audiencia. El CEDS emitirá entonces una *decisión* respecto de la aplicación satisfactoria o no de la CSE por el Estado afectado, que se remitirá al Comité de Ministros⁵¹. Este adoptará una resolución y, si procede, una recomendación dirigida al Estado afectado en el que se le invita a tomar las medidas necesarias para actuar conforme a la CSEr. Finalmente se efectuará un seguimiento, pues habrá de informar al respecto, cada dos años, mediante el sistema de informes anteriormente explicado.

III. EFICACIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

Una vez examinados los sistemas de control del cumplimiento de la CSE, conviene precisar el alcance de la eficacia real de la misma que, eventualmente, dará paso a la efectividad de los derechos sociales. En este sentido, se abren dos posibles vías al respecto: la referida a su sistema interno (conclusiones y decisiones) y las referentes a su invocación por los tribunales domésticos.

1. El papel de las resoluciones del CEDS

⁴⁸ Conviene tener en cuenta que los sindicatos y asociaciones habrán de tener (i) circunscripción nacional y (ii) carácter representativo, de acuerdo con el criterio perfilado por el CEDS y no por la normativa nacional. Vid. C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?*”, op. cit. pp. 85-86.

⁴⁹ Esta organización deberá tener especial competencia en las materias reguladas por la Carta, lo cual será examinado por el CEDS, junto con el carácter representativo de la misma. Hasta ahora, únicamente Finlandia ha reconocido este derecho a las organizaciones de su jurisdicción.

⁵⁰ Si bien cabe que terceros presenten observaciones: tanto las Partes del Protocolo, como las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores mencionadas en el art. 27.2 CSE cuando la reclamación haya sido presentada por organizaciones de trabajadores y empleadores u ONGs.

⁵¹ Sobre el papel adoptado por el Comité de Ministros, J.M Belorgey (“La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas” en M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, op.cit. pp.235-236) critica la demora en la publicación de las resoluciones del CEDS y, con Akandji-Kombé (J.F. Akandji-Kombé. “Carta Social Europea y Convenio Europeo...”,op.cit. pp.395-396) el peligro de que este se convierta en una suerte de instancia de apelación.

La página web de la CSE habla de “case law” (jurisprudencia) al referirse a las resoluciones del CEDS⁵². Aunque esto no supone ningún dato concluyente⁵³, existe un minoritario sector doctrinal que encuentra en ello la base para argumentar a favor de la efectiva consideración de las resoluciones del CEDS como jurisprudencia⁵⁴. Ahora bien, la rigurosidad del ámbito jurídico requiere atender en primer lugar a los hechos, antes que a la calificación que de estos se hace⁵⁵. Por ello, en este epígrafe pretendemos desvelar primero el aspecto meramente terminológico para profundizar posteriormente en la cuestión jurídica.

En este sentido, entendemos por jurisprudencia, en sentido amplio, “el conjunto de resoluciones dictadas por los *tribunales* al interpretar y aplicar las normas del ordenamiento jurídico en el ejercicio de su *potestad jurisdiccional*”⁵⁶, lo cual enlaza con la definición más técnica del art. 1.6 del Código Civil, que se centra en la doctrina reiterada del Tribunal Supremo⁵⁷. De este modo, determinar si las resoluciones del CEDS son o no jurisprudencia pasa por analizar el órgano de control en sí mismo y en sus actuaciones.

Alejándose de la definición dada, el CEDS, a diferencia del TEDH, no es un tribunal ni está compuesto por jueces, sino por expertos⁵⁸. Tampoco será, además, un

⁵² Así se observa en el apartado “reclamaciones colectivas” (<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/collective-complaints-procedure>) o en el Digesto (*Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*) que presenta, de manera actualizada, las conclusiones y decisiones que realiza el CEDS.

⁵³ Como señala J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 188: en ocasiones esta noción es utilizada de manera genérica, pero para nada técnica: “basta acudir a la base de datos oficial española del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (Cendoj), para descubrir que en la pestaña de consulta con el rótulo «jurisprudencia» se recogen las resoluciones (autos y sentencias) no solo del TS, sino también de los TSJ.”

⁵⁴ Es el caso de C. Salcedo Beltrán. “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y derecho*, núm. 13, enero 2016, p. 14 (edición electrónica La Ley digital), y L. Jimena Quesada, “Impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS”, *XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo*. “*In memoriam Profesor M.R. Alarcón*”, Barcelona, 17-18 marzo, 2016.

⁵⁵ Sobre ideología y lenguaje, vid. A. Montoya Melgar. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Ed. Civitas, Madrid, 1992. Para este autor, el concepto de ideología, en su sentido más amplio, se entendería “como representación mental o conjunto de ideas y creencias, tanto si éstas se reputan doctrinarias, dogmáticas y emotivas como si se consideran realistas y pragmáticas”. (Cfr. p.20, ibid.)

⁵⁶ La cursiva es mía. E. Espín, “Lección 4. El sistema de fuentes en la Constitución (II)”. En: L. López Guerra, J. García Morillo, *Derecho constitucional. Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 99-100.

⁵⁷ Art. 1.6 CC: “La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”.

⁵⁸ De hecho, hasta 1998 era denominado “Comité de Expertos Independientes”.

órgano jurisdiccional⁵⁹, pues, a pesar de que, según su Reglamento⁶⁰, sus miembros actúan bajo los requisitos de independencia, imparcialidad y disponibilidad⁶¹ lo cierto es que son elegidos por el Comité de Ministros⁶², lo cual añade un elemento importante de politización.

En lo que respecta a su “potestad jurisdiccional”, la actividad del CEDS difícilmente puede incardinarse en la función jurisdiccional propiamente dicha, pues en ningún caso resuelven conflictos concretos entre dos partes enfrentadas⁶³, sino que más bien realizan lo que la doctrina denomina “una suerte de control abstracto de convencionalidad”⁶⁴. En efecto, como explicamos *supra*, el CEDS se encarga de determinar la conformidad de la situación de los Estados con la CSE, lo cual realiza tanto por la vía de conclusiones como de decisiones. Sin embargo, lo cierto es que la segunda vía genera mayor entusiasmo en la doctrina⁶⁵, pues esta sigue un procedimiento que anteriormente ya calificamos como “cuasi jurisdiccional”, por las siguientes características: la interposición de una reclamación inicia un proceso de dos fases (admisibilidad y fondo del asunto) en el que se mantiene un debate contradictorio entre las partes y se emite una resolución aplicando el derecho a los hechos⁶⁶. Ahora bien, la *cuasi* jurisdiccionalidad viene, entre otras cuestiones, del hecho de que la controversia

⁵⁹ De acuerdo con F. Gascón, *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, 2019, p.25 (accesible vía <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>), los órganos jurisdiccionales se caracterizan por actuar de forma independiente, imparcial y objetivamente desinteresada.

⁶⁰ El Reglamento de funcionamiento del CEDS fue adoptado el 29 marzo de 2004 y puede encontrarse en su página web. En la actualidad, el Reglamento vigente incorpora las últimas modificaciones adoptadas por el CEDS el 19 de mayo de 2021. Accesible vía: <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/rules>

⁶¹ Así lo establece la Regla 3 RCEDS.

⁶² A pesar de lo establecido por el Protocolo de 1888, aún no formalmente en vigor, que establecía su elección por la Asamblea Parlamentaria, al igual que sucede con los miembros del TEDH. Sin embargo, como señala C. Salcedo Beltrán (en “El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, p. 86), “el reto no se ha abandonado”, tal y como se muestra en los pronunciamientos de las instituciones del Consejo de Europa o, en el caso de la resolución más reciente, adoptada en el Comité Ejecutivo el 22 y 23 de marzo de 2021, por la Confederación Europea de Sindicatos: «Incrementar la efectividad de los derechos laborales mediante el fortalecimiento de la Carta Social Europea». Vid. Nota al pie n° 19.

⁶³ J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 190.

⁶⁴ R. Canosa Usera. “La protección de los derechos sociales en el ámbito del Consejo de Europa” (accesible vía <https://studylib.es/doc/7531376/la-proteccion-de-los-derechos-sociales-en-el-ambito-del-c...>), p. 15

⁶⁵ J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 187-191; C. Salcedo Beltrán. “La aplicabilidad directa de la Carta...”.op. cit., p. 11-16 (edición electrónica smarteca).

⁶⁶ Cfr. J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit.189-190. A todo ello cabe añadir la posibilidad de celebrar una audiencia, la introducción de medidas inmediatas, similares a las provisionales o cautelares del art. 39 CEDH o la publicidad del procedimiento. Cfr. C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?*...”, op. cit. pp. 87-88.

gire en torno a una situación colectiva y general, no individualizada⁶⁷; la contradicción no requiere estrictamente de prueba⁶⁸ y la resolución se aleja de las propiamente jurisdiccionales, tanto en lo que respecta a la ejecutividad de sus decisiones como en el papel del Comité de Ministros.

En efecto, el Comité de Ministros, al igual que sucede en el TEDH⁶⁹, recibe la decisión adoptada por el CEDS. A partir de ahí, emite una resolución o una recomendación⁷⁰, que no podrá cuestionar la valoración efectuada por el Comité⁷¹. En este sentido, algunos autores cuestionan el hecho de que un cuerpo político como el Comité se inserte dentro de un cuerpo cuasi jurisdiccional como el CEDS, pues la Recomendación se adoptará con el voto del mismo Estado afectado⁷². En cualquier caso, es importante resaltar que se adopta una *recomendación* y no una *condena*, lo cual confirma la ausencia de ejecutividad de las resoluciones del CEDS⁷³.

⁶⁷ Si bien, como señalan R. R. Churchill, U. Khaliq, “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, *EJIL*, vol. 15, núm. 3, 2004, pp. 431, pueden existir “zonas grises”, pues las reclamaciones pueden ser realizadas a raíz de la aplicación práctica de una legislación o práctica administrativa, lo cual se mostraría en su aplicación a los individuos particulares.

⁶⁸ Cfr. J.M Belorgey, “La Carta Social Europea y el Comité Europeo...”, op. cit. p.241. Señala el autor, ex Presidente y ex Ponente General del CEDS, que “si debemos caracterizar la manera en la que funcionamos, podría decirse que aplicamos [...] una especie de principio de inversión de carga de la prueba [...] mostramos inclinación [...] a tener por probados los argumentos formulados por la parte demandante”.

⁶⁹ De acuerdo con el artículo 46 CEDH, “la sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

⁷⁰ Como señala C. Salcedo Beltrán (“El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio...*”, op. cit. p. 88-89), hasta 2021 solo había una Recomendación, si bien el CEDS ha emitido catorce relativas a las reclamaciones colectivas planteadas sobre la igualdad entre hombres y mujeres, analizadas en la misma obra, (vid. pp. 118-121).

⁷¹ C. Salcedo Beltrán señala que, en reiteradas ocasiones, el CEDS se ve forzado a recordar que esta tarea le corresponde únicamente a él. Sus decisiones fueron enmendadas en un único caso: Reclamación colectiva 9/2000, Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia (*Confédération Française de l'Encadrement (CGC) v. France*, Collective Complaint No. 9/2000). De este riesgo adolecía también el TEDH, cuando en el antiguo artículo 32 del CEDH se indicaba que “si en un período de tres meses [...] el asunto no ha sido deferido al Tribunal por aplicación del artículo 48 del presente Convenio, el Comité de Ministros decidirá [...] si ha habido o no violación del Convenio.” (Cfr. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. «BOE» núm. 243, de 10 de octubre de 1979). Sin embargo, el Protocolo número 11 instituye al TEDH como único órgano de control y elimina la competencia del Comité de Ministros. Vid. A. Salado Osuna, “El Protocolo de Enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, pp. 943-966.

⁷² R. R. Churchill, U. Khaliq, “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism...” op. cit., pp. 446-447.

⁷³ Frente a la ejecutividad proclamada del art. 46 CEDH, la CSE no contiene ninguna remisión a la ejecutividad de sus resoluciones. Cfr. J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 190. Si bien señala A. Mellado (C.L. Alfonso Mellado. “La aplicación en el ámbito interno de la Carta Social Europea y de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”. En C.L. Alfonso Mellado, L. Jimena Quesada, M.C. Salcedo Beltrán: *La jurisprudencia del Comité Europeo de*

En puridad, no se puede hablar de jurisprudencia en relación con el CEDS, y ello tiene importantes consecuencias técnico-jurídicas. Así, las resoluciones del CEDS se verán privadas de ser invocadas como jurisprudencia infringida en un recurso de casación⁷⁴, si bien ello resulta especialmente demoledor por lo que al recurso de casación para la unificación de doctrina respecta. En efecto, mientras que la jurisprudencia del TEDH sí cabe -en principio- ser alegada como doctrina de contradicción, no será así con las resoluciones del CEDS, pues este “ni es un órgano jurisdiccional, ni dicta «sentencias»”⁷⁵.

Tal y como se señaló anteriormente, un sector doctrinal defiende con firmeza que las resoluciones del CEDS son jurisprudencia⁷⁶, en base a una “noción moderna”⁷⁷ de la misma, como “interpretación última o final realizada por los órganos que están habilitados para ejercer esa función”⁷⁸. Al respecto, también se ha afirmado que se trata de una jurisprudencia en sentido material que viene a constituirse en voz de la CSE⁷⁹. No

Derechos Sociales frente a la crisis, Bomarzo, Albacete, 2014, p. 250) que, en este caso, la censura moral y la consideración de las resoluciones en las actuaciones del ámbito interno impulsan la aplicabilidad de la CSE.

⁷⁴ De acuerdo con el art. 207.e) LRJS, que mantiene la concepción técnica de jurisprudencia que indicábamos al comienzo de este epígrafe.

⁷⁵ Cfr. J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 199. El estudio realizado por San Cristóbal Villanueva concluye con la necesidad de una reforma legislativa que acoja las resoluciones del CEDS como doctrina o “jurisprudencia” de contraste, dado el difícil encaje en la vigente legislación de estas que, ya sea por su imposibilidad de consideración como “sentencias” o la imposibilidad de las mismas de someterse a una comparación con otra sentencia -dado su tratamiento no individualizado de una situación-, finaliza en autos de inadmisión del TS en los casos en que se pretendió la confrontación. Vid. Auto de 4 noviembre 2015. JUR 2015\306626, FJ3, en relación con el contrato de apoyo a emprendedores; Autos de 11 octubre 2017. RJ 2017\4974, FJ2 y de 10 enero 2019. JUR 2019\60287 FJ2, sobre revalorización de pensión de jubilación, entre otros.

⁷⁶ L. Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019, (acceso vía iustel.com), Apartado III.

⁷⁷ Cfr. L. Jimena Quesada, “El último bastión...” op. cit., p. 174; C. Salcedo, “La aplicabilidad directa de la Carta...”, op. cit., p. 14.

⁷⁸ L. Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”. En: Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso (6º. 2008. Cádiz), *El poder judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, p. 503. Esto los lleva a hablar, por tanto, de que el CEDS “sin lugar a dudas tiene carácter jurisdiccional” (C. Salcedo, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio*...”, op. cit. p. 87), -habida cuenta, como decimos, de tal noción-.

⁷⁹ M. A. Garrido Palacios. “A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español”, *LABOS, revista de Derecho del Trabajo Y Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2021, pp. 106-107. El autor, con la pretensión de hacer valer una jurisprudencia que en muchos casos se ve denostada en cuanto a su vinculatoriedad, se basa, en concreto, en tres razones para afirmar lo contrario: la primera, ya mencionada, deriva del artículo 31 CVDT; la segunda se refiere al art. 35 de la Ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que remite al CVDT y la tercera se basa en considerar que, en tanto que tales resoluciones son recogidas por las sentencias, estas se incorporan, de manera indirecta, como jurisprudencia en el plano interno. Tampoco duda Alfonso Mellado (“La aplicación en el ámbito interno...”, op. cit. p. 248) de que nos encontremos ante jurisprudencia en sentido material, si bien no en sentido formal.

obstante, en puridad no puede calificarse de “jurisprudencia” en el sentido técnico-jurídico que reconoce el ordenamiento jurídico español, pero ello no es óbice para negar su vinculatoriedad, pues ello derivaría del principio “pacta sunt servanda” del artículo 26 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), si se entiende que la CSE se compone del texto del tratado y del “case law” del CEDS⁸⁰.

Al margen del debate terminológico expuesto, no puede negarse el valor de las resoluciones del CEDS, al menos como “interpretación auténtica de la Carta”⁸¹, y conviene destacar su virtualidad en la efectividad de los derechos sociales, por dos motivos, basados en el procedimiento de reclamaciones colectivas. El primero se basa en el favorecimiento, en cierta medida, de la posición de la víctima a la que van dirigidos los derechos sociales que la CSE proclama, pues no es ella la que habrá de acudir a reclamar⁸². El segundo, en la protección efectiva de los derechos⁸³, así como en la rapidez y simplicidad del procedimiento, que no requiere el agotamiento de vías internas y que permite, además, volver a valorar una situación o reclamación ya planteada. En este sentido, un sector de la doctrina constitucionalista proclama la potencialidad de la CSE, desmontando el aparente nexo necesario entre justiciabilidad y efectividad⁸⁴, habida cuenta de la tardía ejecución y cumplimiento de sentencias del TEDH y de la capacidad de la CSE de afrontar situaciones que no son acogidas por el Tribunal⁸⁵. Sin embargo,

⁸⁰ Cfr. L. Jimena Quesada, “La vinculación del juez...”, op. cit. pp. 506-509; “Impacto práctico...”, op. cit. p. 4. Entiende el autor, además, que la vinculación a este tipo de jurisprudencia vendría por la vía del art. 5.1 LOPJ, en tanto que se entiende que la Constitución impone la vinculación a la misma a través de los arts. 10.2, 93 y 96, si bien también considera que tal vinculación quizás se produzca realmente más por la “fuerza persuasiva” de estas resoluciones que por el propio mandato constitucional.

⁸¹ X. González de Rivera i Serra. “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”. *Lex social*, vol.5, núm. 2, 2015, p. 276

⁸² Habida cuenta de que en muchas ocasiones, no está en disposición de hacerlo. Cfr. “La procédure de réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté”, accesible vía https://luttepauvrete.be/publications/10ansaccord/10ansaccord_01-2_Brillat_FR.pdf, pp. 76-77. No obstante, Brillat destaca que lo ideal sería contar con un procedimiento de reclamación individual, como ya han manifestado la gran mayoría de los autores, pues ello contribuiría además a alcanzar la justiciabilidad.

⁸³ Como señala la Decisión sobre el fondo: Comisión Internacional de Juristas v. Portugal, Reclamación Colectiva nº 1/1998 (*International Commission of Jurists v. Portugal*, Collective Complaint No.1/1998), ordinal 32, “el objetivo y propósito de la Carta, siendo un instrumento de protección de derechos humanos, es proteger derechos no solo teóricamente, sino también de hecho”.

⁸⁴ Cfr. L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo...”, op. cit. pp.45-50; “L. Jimena Quesada. “Impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS”, *XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo. “In memoriam Profesor M.R. Alarcón”*, Barcelona, 17-18 marzo, 2016, pp. 20-21. En concreto, señala el autor cómo puede accederse a las hojas informativas de cada país en la página web de la CSE, que detalla tanto las conclusiones del CEDS respecto del país, como los avances que este realiza impulsado por las mismas. Vid. www.coe.int/en/web/european-social-charter/country-profiles

⁸⁵ Se refiere especialmente a las medidas normativas de austeridad derivadas de la crisis financiera de 2008, que bien cabría extrapolar a cualquier tipo de reforma legislativa o situación colectiva similar. Cfr. L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo...”, op. cit. p. 46.

repárese en que esa misma corriente doctrinal está reclamando una mayor configuración judicial del CEDS⁸⁶, y la necesidad de fomentar las referencias a sus resoluciones por los órganos jurisdiccionales nacionales⁸⁷.

2. La aplicación de la CSEr por los tribunales españoles: el control de convencionalidad

Ante la ausencia de ejecutividad de las resoluciones del CEDS y la excesiva limitación de su cumplimiento a la voluntad política de los Estados, surge en la actualidad un uso creciente del control de convencionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales de lo social. Sin embargo, no existe unanimidad en cuanto a su viabilidad, por lo que se analizan a continuación las bases jurídicas en las que se asienta. Finalmente, se hace una mención especial a la consagración por parte del Tribunal Constitucional de tal instrumento en la STC 140/2018⁸⁸ y las cuestiones que esta suscita.

2.1. El control de convencionalidad: origen y concepto

El control de convencionalidad, *grosso modo*, constituye una herramienta jurídica que consiste en un examen de compatibilidad de la norma nacional aplicable al caso con la norma internacional reguladora del mismo ámbito material⁸⁹. Con ello, no solo se salvaguarda el cumplimiento de las obligaciones internacionales, sino que se avanza hacia la consecución del estándar de protección más favorable⁹⁰. Se trata, por tanto, de dotar de contenido a los derechos que un día fueron ratificados por el Estado, promoviendo su aplicación práctica y evitando su carácter meramente decorativo⁹¹.

⁸⁶ L. Jimena Quesada, “La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, p. 261.

⁸⁷ L. Jimena Quesada, “El último bastión...”, op. cit. p. 187.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 140/2018 de 20 diciembre. RTC 2018\140.

⁸⁹ Puesta en manos de los jueces ordinarios, hablaríamos de “control difuso de convencionalidad”. Una definición más completa ofrece I.G Perotti Pinciroli (“El control de convencionalidad en el derecho español: ¿una importación defectuosa?” *REEI*, núm. 41, junio 2021, p. 7), si bien en relación con el control de convencionalidad del sistema interamericano: “aquel mecanismo de Derecho interno que implica una obligación de los órganos del Estado de realizar un examen de compatibilidad de ciertos actos jurídicos internos –leyes y demás normas, actos administrativos, decisiones judiciales, etc.– a la luz de los instrumentos y estándares de Derecho internacional, cuyos efectos pueden variar entre la inaplicación, la interpretación conforme o la nulidad del acto –conforme al caso concreto y a la competencia del órgano decisor–, con el fin de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos”.

⁹⁰ Cfr. M. A. Garrido, “A vueltas con el control...”, op. cit. p. 102

⁹¹ Cfr. J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, p.375.

Los inicios de esta herramienta se encuentran en el sistema francés, cuya jurisprudencia parte del art. 55 de la Constitución de 1958, que establece la superior jerarquía de los tratados internacionales y calla respecto de a quién corresponde hacer efectiva la misma. En este sentido, es la Corte de Casación quien asumirá la competencia en materia del control de convencionalidad⁹². Ahora bien, la trascendencia de esta herramienta en el sistema interamericano⁹³ (2004) hace que generalmente se considere a este como su precursor originario. En efecto, el control de convencionalidad nace aquí, también a raíz de la jurisprudencia, pero únicamente aplicable respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de 1969). En este sentido, la Corte de San José⁹⁴, máximo intérprete de la misma, impone a los jueces y tribunales⁹⁵ la obligación de efectuar tal control cuando la norma interna contrariase lo dispuesto por la CADH⁹⁶.

El sistema interamericano prevé así una suerte de “constitución convencionalizada”⁹⁷ en la que la exigencia y sometimiento a la doctrina de la Corte hace virar a los Estados hacia un derecho común. Si bien es difícil extrapolar esta situación a la europea⁹⁸, lo cierto es que la idea del control de convencionalidad difuso que allí se

⁹² Tras la declaración de incompetencia del Consejo Constitucional francés. Cfr. I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, op. cit. pp. 3-4; L. Jimena Quesada, “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, pp. 45-48.

⁹³ Vid. I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, op. cit. pp. 7-12; R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Navarra, 2015. pp. 19-43; W. F. Carnota, “La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51-66.

⁹⁴ Es paradigmática la sentencia del caso Almonacid Arrellano c. Chile que, junto con la sentencia «Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú» perfilan los inicios del control de convencionalidad. Vid. M. A. Garrido, “A vueltas con el control...”, op. cit. pp. 102-103; W. F. Carnota, “La diferenciación entre control...”, op. cit. pp. 54-58; I.G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, pp. 8-9.

⁹⁵ Si bien en la actualidad esta actuación corresponde a cualquier autoridad del Estado, pues la Corte no establece un modelo único para todos los Estados, sino que estos deciden el modo interno de efectuarlo y su intensidad. Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit. p. 31; I.G Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, p. 9.

⁹⁶ También en la actualidad el control de convencionalidad se extiende a más tratados internacionales. Cfr. I.G Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, p. 9.

⁹⁷ R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit. p. 42.

⁹⁸ Pues los Estados mantienen un amplio margen de actuación tanto en lo que respecta al CEDH, con libertad de ubicación en su sistema de fuentes, como al TEDH, que jamás ha exigido a los tribunales nacionales efectuar un control de convencionalidad como el de la Corte de San José. No obstante, el reciente Protocolo 16 al CEDH, aún no ratificado por España, introduce ahora el debate en torno a la imposición de un control de convencionalidad concentrado por el TEDH, pues en este se prevé que las altas instancias judiciales puedan, a modo de cuestión prejudicial de la UE, preguntar al TEDH acerca de sus disposiciones. Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit. pp. 72-82.

instaura es, guardando las distancias, el que hoy día pretende introducirse en España⁹⁹, si bien ya no solo respecto de un único tratado internacional.

2.2. La viabilidad del control de convencionalidad en el ordenamiento español en torno a la CSEr

El debate en torno a la penetración del control de convencionalidad en manos de los jueces ordinarios, suscitado a raíz de su uso por la jurisdicción social de manera especial y la sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, llevan a analizar la efectiva viabilidad de este mecanismo, habida cuenta de las actuales bases jurídicas con que cuenta el ordenamiento jurídico español, materializando tal análisis en la aplicación que de la CSEr comienza a realizarse y que prevé prolongarse en el futuro.

2.2.1. La recepción de los tratados internacionales

Tradicionalmente, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno ha suscitado en la doctrina el debate entre dualismo y monismo, dos posturas que vendrían a definir la situación en cada Estado, determinando con ello, en principio, consecuencias tan trascendentales como la aplicabilidad de los tratados internacionales¹⁰⁰. En este sentido, el sistema dualista sería aquel que considera al derecho interno y al internacional como ordenamientos separados, de modo que la aplicación de este sobre aquel requeriría de un acto especial de recepción. No sucede así, sin embargo, en el sistema monista, que no precisa de tal acción al considerar la unidad esencial de tales ordenamientos, permitiendo así una aplicación inmediata¹⁰¹.

⁹⁹ De hecho, la STC 140/2018, que será tratada posteriormente, cita en el FJ 6 al sistema interamericano al tratar del control de convencionalidad en España, si bien R. Alonso considera que no se trata de una cita afortunada. Cfr. R. Alonso García. “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 21-23.

¹⁰⁰ Si bien, como señala I. Alzaga (I. Alzaga Ruiz. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op. cit. p. 11), ambas posturas se han suavizado en la actualidad, de manera que el dualismo moderado viene a considerar que no es tanta la distancia entre ambos ordenamientos, bastando la publicación para la recepción del derecho internacional en el interno; por su parte, el monismo moderado no consideraría ya la nulidad de aquella norma contraria al derecho internacional, sino su mera inaplicación.

¹⁰¹ J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2021, pp. 174-175.; X. González de Rivera i Serra. “Conversaciones entre la norma...”, op. cit. p. 264.

En España, la recepción de los tratados internacionales se basa, esencialmente, en dos preceptos: el artículo 96.1 CE¹⁰² y el artículo 1.5 CC¹⁰³. Su lectura conjunta ha suscitado en la doctrina divisiones en torno al papel de la publicación en la recepción del derecho internacional. Para unos¹⁰⁴, esta constituye condición esencial para su incorporación en el ordenamiento jurídico interno, mientras que, para otros¹⁰⁵, la publicación no puede ser considerada como ese “acto especial de recepción”, sino, en todo caso, como concreción de la obligación de garantizar el principio de publicidad (art. 9.3 CE) y/o como condición de aplicabilidad u oponibilidad¹⁰⁶. Los que se adhieren a esta primera postura se encontrarían insertos en una suerte de dualismo moderado, por cuanto la publicación no sería propiamente un acto de recepción de relevancia como podría serlo, sin embargo, un acto de ejecución del tratado mediante ley. La postura contraria defendería, por tanto, la idea del sistema español como un sistema monista en el que opera una recepción o incorporación automática de los tratados internacionales.

La postura monista parece ser en la actualidad (y en la tradición española)¹⁰⁷ la mayoritaria. Sin embargo, como bien señala Sáenz de Santamaría citando a Sánchez Rodríguez, “la dualidad de posiciones doctrinales... si bien parten de mundos teóricos

¹⁰² Artículo 96.1 CE: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

¹⁰³ Artículo 1.5 CC: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado».”

¹⁰⁴ Es el caso de I. Alzaga, (I. Alzaga Ruiz, “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op. cit. p. 12) o J.A Pastor Ridruejo (*Curso de derecho internacional...* op. cit, p. 180).

¹⁰⁵ A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”. En O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VII - Artículos 81 a 96 de la Constitución Española de 1978*, Ed. Edersa, 1998, pp. 626-627; A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho Internacional Público”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, núm. 61, 1980, p. 172-178, quien elabora un interesante argumentario respecto a su postura, hablando además de un monismo “moderado” debido al art. 1.5 CC y la exigencia de publicación; I. García-Perrote, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española: a propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 15, 2016, p.6 -edición electrónica smarteca-; X. González de Rivera i Serra, “Conversaciones entre la norma...”, op. cit. pp.263-264; J. M. San Cristóbal Villanueva, “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op.cit. p. 180; J. Díez-Hochleitner. “Artículo 28. Eficacia”. En P. A. Sáenz de Santamaría, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 509-510, quien invoca además la jurisprudencia previa a la CE del TS al respecto que confirma tal postura.

¹⁰⁶ A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho...”, op. cit. p. 172-178; A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”, op. cit., pp. 630-633; J. Díez-Hochleitner. “Artículo 28. Eficacia”, op. cit. p. 510-512. Considera este autor, sin embargo, que la falta de publicación no debería impedir a un particular la invocación ante la Administración de un tratado que le confiere derechos subjetivos. En caso contrario, considera que ello habilitaría para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado si de ello se deriva un perjuicio económico.

¹⁰⁷ A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”, op. cit., pp. 626-627.

diferentes, no llegan a conclusiones prácticas demasiado alejadas entre sí”¹⁰⁸. En efecto, el artículo 96 CE viene a determinar, al fin y al cabo, la integración de los tratados internacionales en el ordenamiento interno¹⁰⁹ así como, según se analizará con posterioridad, la prevalencia de los mismos frente a las normas internacionales. De este modo, se abriría -tal y como señala algún autor- la puerta hacia la posibilidad de efectuar un control de convencionalidad y alcanzar la eficacia en la protección multinivel de los derechos humanos, debiendo quedar, por tanto, superadas “las antiguas disputas entre las normas internacionales y nacionales”¹¹⁰.

En este marco, la consecuencia práctica inmediata es que la Carta Social Europea revisada, en tanto que tratado internacional, una vez firmada, ratificada y publicada, se integraría en el ordenamiento español por la vía del artículo 96 CE aquí expuesto¹¹¹.

2.2.2. La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes

Una vez integrados los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno por la vía de los artículos 96.1 de la CE y 1.5 del CC, surge la problemática en torno a su posición en el sistema de fuentes.

En efecto, si bien no cabe duda alguna en cuanto a su infraconstitucionalidad, fundamentada en el artículo 95 CE¹¹², no es así en lo que a la relación con las leyes se refiere. Ello ha llevado a la doctrina a plantear diversas tesis al respecto¹¹³, pues lo cierto es que la única manifestación explícita que cabe extraer del artículo 96.1 CE en este sentido es el referente a la “fuerza pasiva” de los tratados respecto de leyes posteriores, que se deriva de su segundo inciso¹¹⁴. A raíz de ello, gran parte de la doctrina se decantó

¹⁰⁸ P. A. Sáenz de Santamaría, “Artículo 96”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II*. BOE, Madrid, 2018, p. 356.

¹⁰⁹ Siempre que no sean contrarios a la CE, de acuerdo con el artículo 95 CE.

¹¹⁰ L. Jimena Quesada, “El control de convencionalidad y los derechos sociales...”, op. cit. p. 34. Para este autor, el control de convencionalidad se articula como exigencia constitucional, por lo que pierde sentido toda discusión doctrinal en torno a la relación del derecho nacional y el internacional.

¹¹¹ Cfr. C.L. Alfonso Mellado. “La aplicación en el ámbito interno...”, op. cit. p. 241. No sucederá así, sin embargo, respecto de los tratados derivados de la UE, cuya base se encuentra en el art. 93 CE.

¹¹² Conforme al apartado primero: “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.” Mientras que el segundo señala que “el Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

¹¹³ J. L. Gil y Gil, “La aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021, p. 33. El autor señala que, generalmente, se discute en torno a la aplicación del principio de jerarquía; del de competencia o del de primacía, como derivado del principio de jerarquía, si bien también se acentúa la fuerza pasiva o de resistencia de los tratados.

¹¹⁴ “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.”

por considerar su superior jerarquía¹¹⁵, mientras que otra abogó por fundamentar la relación no tanto en el rango como en la competencia¹¹⁶. Con la promulgación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante, LTOAI), el artículo 31¹¹⁷ vendría a consagrar la prevalencia de los tratados, resolviendo las controversias al respecto¹¹⁸. En este sentido, la postura mayoritaria¹¹⁹, escapa de consideraciones teóricas y enuncia la operatividad de la prevalencia en el plano de la aplicabilidad. De este modo, es en los casos de conflicto en los que el tratado internacional prevalece y sustituye a la norma interna, al modo en que funciona la primacía de la UE¹²⁰.

No obstante, se mantiene la posición de quienes encuentran como fundamento de tal prevalencia el principio de competencia¹²¹, así como el de jerarquía. Es el caso de Jimena Quesada, para quien el artículo 96 CE vendría a establecer el rango superior de los tratados¹²², interiorizando así las exigencias de la CVDT¹²³, de modo que, habida

¹¹⁵ Se basaban, fundamentalmente, en el Anteproyecto de la Constitución, que sí promulgaba explícitamente la jerarquía superior de los tratados. Cfr. J. Díez-Hochleitner. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”. En P. A. Sáenz de Santamaría; J. Díez-Hochleitner; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, op.cit., p. 575-578; J. L. Gil y Gil, “La aplicación por el juez...”, op. cit., pp. 33-34.

¹¹⁶ En este sentido, existiría una distribución de competencias que separaría diferentes ámbitos o esferas materiales, constituyendo el derecho internacional una de ellas. Sin embargo, a ello se le critica la falta de toma en consideración del efecto relativo de los tratados internacionales y la regla general de no alteración de competencias de los Estados (salvo que sea *ex art.* 93 CE). En este sentido, señala A. Remiro Brotons (“Artículo 96”..., op. cit. nota al pie núm. 46, p. 634), que esta tesis “conduce al mismo puerto, la prevalencia del tratado, aunque probablemente sea menos mortificante para la soberanía legislativa ceder el paso a la soberanía comprometida que sentirse disminuida.”

¹¹⁷ “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

¹¹⁸ Si bien R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit., p. 88, duda, partiendo de Kelsen, de que una ley pueda suplir lo no dicho por la Constitución.

¹¹⁹ Es el caso de Remiro Brotons (cfr. P.A Sáenz de Santamaría, “Artículo 96”, op. cit., p. 367); J. Díez-Hochleitner, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, op. cit., pp. 580-583.

¹²⁰ La Declaración 1/2004 del TC viene a distinguir entre primacía del Derecho de la UE y supremacía de la CE, advirtiendo que la primacía no se basa en la jerarquía, sino en el plano de la aplicabilidad de las normas, de modo que unas de ellas pueden desplazar a otras en determinados casos. Añade J. Díez-Hochleitner que uno de esos casos, fuera del ámbito de la UE, podría ser el del artículo 96 CE, que establecería una suerte de regla de desplazamiento. Cfr. Díez-Hochleitner, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, op. cit. pp. 577-579.

¹²¹ J. L. Gil y Gil (“La aplicación por el juez...”, op. cit. pp. 35-37) habla en estos términos respecto de los convenios de la OIT, si bien ello también valdría extrapolarlo a la CSEr. Señala el autor que los tratados internacionales y leyes nacionales guardarían la misma jerarquía, no debiendo estas últimas desconocer ni empeorar (en tanto que “invadir”) el estándar internacional que estos establecen.

¹²² En este sentido, se vale de un paralelismo con el artículo 55 de la Constitución francesa, que sí recoge de manera clara la superioridad aplicativa de los tratados internacionales. Cfr L. Jimena Quesada. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 38-41; Cfr. L. Jimena Quesada. “La consagración del control de convencionalidad...”, op. cit., Apartado II.2.

¹²³ Especialmente, los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (el derecho interno y la observancia de los tratados).

cuenta de la inactividad del TC ante las contradicciones entre tratados internacionales y normas internas, los jueces ordinarios se ven obligados a actuar a fin de evitar incurrir en ilícito internacional¹²⁴. En efecto, el autor se vale de tal razonamiento para afirmar la necesidad, en tanto que mandato constitucional¹²⁵, del control difuso de convencionalidad, “de tal suerte que canon de constitucionalidad y estándar internacional se perfilan como convergentes y complementarios”¹²⁶.

Si bien hemos señalado que la actuación de los jueces ante la prevalencia de los tratados internacionales opera de manera similar a la de estos ante la primacía del Derecho de la UE, no conviene deducir de ello la idéntica posición de ambos ordenamientos. Sin embargo, esto es precisamente lo que hace Jimena Quesada¹²⁷, que no tiene en cuenta que, si bien el *modus operandi* de la prevalencia es efectivamente el mismo, no es así respecto al fundamento y esencia de sus normas¹²⁸. De entrada, las normas convencionales encuentran su base constitucional en el artículo 96 CE, mientras que las comunitarias nacen del artículo 93. Y ello no constituye una mera diferencia formal, sino sustantiva, pues este último precepto prevé la cesión de soberanía a una organización internacional, la UE. Se articula así un derecho autónomo¹²⁹, diferente del de los Estados, que se integra en su ordenamiento jurídico y vincula a sus órganos jurisdiccionales¹³⁰. En este sentido, la primacía del Derecho de la Unión Europea nace con la pretensión de lograr

¹²⁴ Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit., pp. 105-107.

¹²⁵ Tal mandato se proyectaría también sobre el artículo 10.2 CE en el mismo sentido en el que lo hace respecto del artículo 96 CE, de lo cual se desprende que no cabría entender una separación entre interpretación y aplicación. El autor habla, de hecho, de “artificial separación”. Cfr. L. Jimena Quesada. “La consagración del control de convencionalidad...”, op. cit., Apartado II. 1.

¹²⁶ Cfr. L. Jimena Quesada. “La consagración del control de convencionalidad...”, op. cit., Apartado II.2.

¹²⁷ Ibid., Apartado II.1 y 2. El autor señala, en este sentido que “el claro paralelismo entre la aproximación general a la prevalencia de las normas internacionales articulada a través del control difuso de convencionalidad (género) y la aproximación específica al juego de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE (especie) se encuentra, en cambio, adulterado en intensidad aplicativa y prioridad que el Derecho convencional general; lo cual no se sostiene a la luz de la Convención de Viena de 1969”. No obstante, resulta curiosa la postura del autor que, pretendiendo alcanzar el estándar de protección más favorable, establece un paralelismo con el Derecho de la UE, el cual, en aras de su supervivencia, privilegia la aplicación de su derecho frente a aquel que resulte más favorable. Cfr. P. Nuevo López, “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista catalana de dret públic*, núm 50 (junio 2015), pp. 155-158.

¹²⁸ R. Alonso García, “El control...”, op. cit. p. 37.

¹²⁹ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de febrero de 1963. Asunto 26/62, *NV (Sociedad Anónima) Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Nederlandse administratie der belastingen*, p. 340 (accesible vía <https://eur-lex.europa.eu/>).

¹³⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 1964. Asunto 6/64. *Flaminio Costa c. Enel*, p. 105 (accesible vía <https://eur-lex.europa.eu/>). Remarca la sentencia la diferencia del Derecho de la UE respecto de los tratados internacionales ordinarios.

la aplicación uniforme necesaria para su supervivencia¹³¹, a diferencia de un derecho convencional destinado a integrarse en cada Estado de manera diferente¹³² y en todo caso, a raíz de la voluntad de los Estados, que consienten integrarse únicamente respecto de cada instrumento jurídico, sin que este le venga ya dado a raíz de su pertenencia a una organización internacional. Es cierto, por tanto, que la CE no señala explícitamente diferencias de rango entre los diferentes tratados internacionales que contempla¹³³, sin embargo, quizás ello no resulte necesario, dada la idiosincrasia, al menos, de los procedentes de la Unión Europea.

2.2.3. La aplicabilidad de los tratados internacionales

Analizada la posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes, es imprescindible pasar al estudio de su aplicabilidad directa pues, de lo contrario, nos encontraríamos ante un mero problema teórico¹³⁴. Sin embargo, el tratamiento de la CSEr, implica que, en tanto que tratado relativo a los derechos sociales, cuenta con un “doble efecto”¹³⁵, pues no solo se le presenta la posibilidad (aún por evaluar) de ser aplicada directamente (artículo 96 CE), sino que también puede ser asumida como parámetro interpretativo (artículo 10.2 CE).

A) La aplicabilidad directa o el carácter *self-executing* de la CSEr

Una vez el tratado internacional (en nuestro caso, la CSEr) se integra en nuestro ordenamiento interno, indica el artículo 28 de la LTOAI que producirá efectos en España “desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor”. En este sentido, es el artículo 1.5 CC el que se erige como fundamento de la aplicabilidad directa del mismo, si bien, como señala Díez-Hochleitner, una interpretación *sensu contrario* del mismo iría demasiado lejos¹³⁶.

¹³¹ La Declaración 1/2004 del TC, FJ 3, señala en este sentido que la “primacía no se afirma como superioridad jerárquica sino como una «exigencia existencial» de ese Derecho, a fin de lograr en la práctica el efecto directo y la aplicación uniforme en todos los Estados”.

¹³² Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit., pp. 49-57.

¹³³ *Ibid.*, p. 86.

¹³⁴ Cfr. A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”, op. cit., pp. 633-637.

¹³⁵ R. Canosa Usera, *El control...*, p. 92.

¹³⁶ J. Díez-Hochleitner. “Artículo 30.1. Ejecución”. En P. A. Sáenz de Santamaría; J. Díez-Hochleitner; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 533: la interpretación *sensu contrario* afirmarí que aquellos tratados internacionales publicados en el BOE son de aplicación directa. En el mismo sentido, señala I. Alzaga que la aplicación directa de los tratados nunca opera de manera automática. Cfr. I. Alzaga, “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op. cit. p. 13.

De este modo, el artículo 30.1 LTOAI señala 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”. Parecería, -tal y como indica la doctrina-, que se pretende aquí que la ausencia o no de eficacia directa, o bien se deduzca de la voluntad de las partes, o bien lo indique el propio tratado¹³⁷. En este sentido, la aplicación directa de la CSEr ha de valorarse teniendo en cuenta sus particularidades -tanto desde una perspectiva formal como sustantiva- puestas de manifiesto tanto por la doctrina como por los operadores jurídicos.

En lo que se refiere a la primera, la técnica legislativa se alza como uno de los argumentos contra la aplicabilidad directa de la CSEr, pues se arguye¹³⁸ que esta quedaría excluida cuando en ella se habla de que “las partes se comprometen”¹³⁹ a reconocer o garantizar un derecho, no siendo así cuando estas lo “reconocen” o “garantizan”¹⁴⁰. En un sentido similar, se tiende a considerar a la CSEr como carente de vinculatoriedad, con un espíritu más bien programático¹⁴¹. Sin embargo, lo cierto es que una lectura de la CSEr y de su estructura muestra cómo esta distingue claramente entre su parte programática y vinculante¹⁴².

¹³⁷ J. Díez-Hochleitner. “Artículo 30.1. Ejecución”, op. cit. pp. 540-542.

¹³⁸ Dan cuenta de estos argumentos, entre otros autores, Akandji-Kombé, “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes”. En M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 278-279; C. Salcedo “La aplicabilidad directa de la Carta... op. cit. pp.8-9; J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea y el Comité Europeo...”, op. cit., pp. 373-375. Este último autor critica esta postura, preguntando, a raíz de ella, “qué sentido tiene reconocer derechos si tales derechos están desprovistos de sustancia”. En un sentido similar, señala X. González de Rivera i Serra. (“Conversaciones entre la norma...”, op. cit. p.288) que estas tesis obedecen a una “concepción desfasada de la naturaleza de los derechos sociales, en tanto que se entienden más que como derechos, como enunciados programáticos”. Por último, recuerda C. Salcedo que “compromiso” es definido por la RAE como “obligación contraída”.

¹³⁹ En lo que a nuestro estudio respecta, el artículo 24 CSEr, que trataremos con posterioridad, expone el contenido de la disposición tras señalar precisamente que “las Partes se comprometen a reconocer” y “las Partes se comprometen a garantizar”.

¹⁴⁰ Así entendido, únicamente tendrían aplicabilidad directa los artículos 6.4 y 18.4 CSEr. Si bien C. Salcedo (“La aplicabilidad directa de la Carta... op. cit. p.8) señala que existe una postura minoritaria que aboga por incluir aquí el art. 5 CSEr, aunque se trata más por la consideración del derecho que por la referencia gramatical aquí apuntada.

¹⁴¹ Esto nace, como señala X. González de Rivera i Serra (“Conversaciones entre la norma...”, op. cit. p.269) de la generalidad en que se expresa el tratado, si bien ello se debe al hecho de que están concebidos para una realidad “mucho más genérica que la doméstica”, de modo que su concreción pasa por acudir a los órganos de control pertinentes (en este caso, el CEDS).

¹⁴² Vid. Apartado II. 2 del presente TFG.

Desde una consideración más sustantiva, suele señalarse que la cláusula establecida en el Anexo, Parte III de la CSEr¹⁴³, vendría a excluir la competencia de los tribunales domésticos, pues consideraría que esta simplemente establece compromisos entre los Estados. De igual modo, se critica la ausencia del derecho a recurrir, que solo se expresa en el art. 24 CSEr *in fine*. Todo ello queda solventado, sin embargo, por la interpretación del CEDS al respecto¹⁴⁴. Por último, conviene llamar la atención sobre el artículo H de la CSEr¹⁴⁵ que, estableciendo una cláusula de derecho mínimo similar a la del art. 53 CEDH y CDFUE, parece inclinar la balanza hacia la aplicabilidad directa, lo cual es impulsado por el artículo D (el procedimiento de reclamaciones colectivas)¹⁴⁶ y la “mayor dignidad jurisdiccional”¹⁴⁷ del CEDS.

Teniendo en cuenta los argumentos reseñados¹⁴⁸, un sector doctrinal se decanta por la aplicabilidad directa de la CSEr¹⁴⁹, y para ello hay que acudir a sus disposiciones de manera individual con el fin de encontrar aquellas de las que se desprenda un contenido lo suficientemente preciso, claro e incondicional¹⁵⁰. En este sentido, la doctrina acude a la jurisprudencia del TJUE para determinar que una norma será incondicional cuando no subordine su ejecución a un acto positivo de derecho interno ni otorgue un amplio margen de apreciación a los Estados (si bien lo admite en calidad de “derechos mínimos”)¹⁵¹. Así las cosas, existen dudas respecto de si fue acertado o no el control de convencionalidad que fue aplicado sobre el ya derogado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo

¹⁴³ “Se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente a la supervisión establecida en la Parte IV”.

¹⁴⁴ Vid. *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden*, Collective Complaint No. 12/2002, ordinal 42.

¹⁴⁵ “Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas.”

¹⁴⁶ Este era uno de los argumentos en contra de la aplicabilidad dada la no ratificación por España. Cfr. J. M. Cristóbal Villanueva, “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, op. cit. p. 181.

¹⁴⁷ Akandji-Kombé, “La aplicación de la Carta...”, op. cit. p. 281.

¹⁴⁸ Para conocer más al respecto: C. Salcedo, “La aplicabilidad directa de la Carta...”, op. cit. pp. 5-11.

¹⁴⁹ En caso contrario, serían aplicables los apartados 2 y 3 del artículo 30 LTOAI, referentes a poner en marcha los desarrollos legislativos necesarios para que opere tal aplicabilidad.

¹⁵⁰ Cfr. J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1. Ejecución”, op. cit. pp. 541-543; J.M. Cristóbal Villanueva, “La aplicabilidad de la Carta Social Europea...”, p. 181; J. M. Goerlich Peset, “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, vol. 2, núm. 1, 2021, p. 15. No obstante, también señala Díez-Hochleitner que, no necesariamente pierde aplicabilidad directa la disposición que requiere de un acto de desarrollo. Vid. pp. 548-550. Conviene, por otro lado, traer a colación que “se ha abierto paso la idea de que la capacidad de una disposición para resolver directamente un litigio no puede determinarse *in abstracto* de una vez por todas, sino que depende también del objeto específico de cada controversia”. Cfr. J. L. Gil y Gil, “La aplicación por el juez...”, op. cit., p. 48.

¹⁵¹ Cfr. J. Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1. Ejecución”, op. cit. p. 543.

a los emprendedores¹⁵². En efecto, el precepto de la CSE sometido a contraste con el nacional fue el art. 4.4, que reconoce “el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”. En ese plazo “razonable” encuentra García-Perrote¹⁵³ la imposibilidad de considerar esta disposición *self-executing*, pues el Estado se encuentra ante una situación que ha de determinar por sí mismo. Sin embargo, ello no frenó algunos pronunciamientos aislados de distintos juzgados de lo social, que continuaron emitiendo sentencias en el mismo sentido¹⁵⁴. Finalmente, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC 119/2014, de 16 de julio¹⁵⁵, considerando constitucional el precepto inaplicado por las jurisdicciones ordinarias¹⁵⁶. En este sentido, quienes conocieron con posterioridad del mismo se decidieron por presentar cuestiones de inconstitucionalidad¹⁵⁷, si bien otros continuaron inaplicando el precepto¹⁵⁸, al margen de la resolución constitucional. No obstante, estas representaban posturas ya minoritarias, pues en general los tribunales se inclinaban por aceptar la validez del precepto dada la constitucionalidad de este declarada por el TC.

Los tribunales que en este caso se pronunciaron a favor de la inaplicación, argüían como base jurídica para ello la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 en lo que respecta al artículo 26 (*pacta sunt servanda*)¹⁵⁹ y 27 (el derecho interno y la observancia de los tratados)¹⁶⁰, así como el artículo 96 de la CE que, como tratamos *supra*, supone la integración en el ordenamiento interno de los tratados internacionales.

¹⁵² Art. 4.3 Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

¹⁵³ I. García-Perrote, “Carta de los Derechos Fundamentales...”, op. cit. p. 3. Si bien reitera el autor que “la no conformidad de nuestra legislación interna con el artículo 4.4. CSE deriva, a juicio del CEDS, no de la duración del periodo de prueba, sino de la ausencia de plazo de preaviso”, de tal manera que ello significaría que también se vería afectado por las exigencias del CEDS el período de prueba del artículo 14.1 ET.

¹⁵⁴ Juzgado de lo Social núm. 2 de Barcelona, 19 noviembre 2013; Juzgado de lo Social nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014; Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014; Juzgado de lo Social nº 1 de Toledo, de 27 de noviembre de 2014. Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit. p. 108.

¹⁵⁵ Esta sentencia resolvía el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, por el Parlamento de Navarra. Con idéntico resultado se pronunció el TC en su sentencia 8/2015 de 22 de enero.

¹⁵⁶ M.A. Garrido critica en este sentido el tratamiento que el TC hace en esta sentencia respecto de los estándares internacionales, que son desechados. Vid. M. A. Garrido, “A vueltas con el control...”, op. cit. p. 105.

¹⁵⁷ Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de enero de 2014 y Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de mayo de 2014. Cfr. C. Salcedo Beltrán, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”. *Lex social*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 29-56

¹⁵⁸ Es el caso del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona, sentencia núm. 352/2014 de 5 noviembre (AS 2014\3092) o del Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 342/2016 de 18 abril (JUR 2016\207534), entre otros.

¹⁵⁹ “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

¹⁶⁰ “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

En este sentido, la postura a favor de la aplicabilidad directa da paso a entender la preferencia aplicativa del tratado internacional (en este caso, la CSE) frente a la ley interna. En efecto, “eficacia directa y primacía se presentan normalmente como el anverso y el reverso de una misma moneda”¹⁶¹, de modo que el artículo 31 LTOAI (prevalencia) no puede entenderse si no es en conexión con el artículo 30.1 (aplicación directa)¹⁶².

B) Los tratados internacionales como criterio interpretativo (art. 10.2 CE)

Dado el doble efecto que anteriormente indicamos al respecto de la CSEr, conviene mencionar también su papel como elemento interpretativo, pues ello constituye una posibilidad de aplicación más del tratado que, incluso, cabría considerar como efecto del control de convencionalidad¹⁶³.

La relevancia de este precepto en lo que a este mecanismo respecta, se debe a su papel como último recurso antes de que una norma interna sea inaplicada¹⁶⁴, pues ello no guarda conexión alguna con la aplicabilidad directa. En efecto, nos encontramos simplemente ante un recurso a los convenios internacionales solo a efectos de *interpretación* de los derechos y libertades *incluidos* en la Constitución¹⁶⁵. En este sentido, este artículo no permite añadir ni modificar la naturaleza esencial de los derechos constitucionales¹⁶⁶, sino precisar su contenido cuando la norma que lo establece no resulta del todo clara, dando lugar así a una cierta apertura internacional del derecho interno¹⁶⁷ que, en cierto modo, también vendría a favorecer la consecución de los estándares internacionales. No obstante, conviene resaltar que el artículo 10.2 CE prevé su aplicación, esencialmente, respecto de la Declaración Universal de Derechos Humanos y “los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”, si bien ello no obsta a que la CSEr sea también tenida en cuenta, pues lo cierto es que la interpretación que el TC hace de este artículo abre su campo de actuación sobre

¹⁶¹ Díez-Hochleitner, “Artículo 30.1. Ejecución”, op. cit. p. 536.

¹⁶² Cfr. Díez-Hochleitner, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, op. cit., p. 581.

¹⁶³ Así lo considera I.G Perotti Pinciroli, que critica la omisión que en la STC 140/2018 se hace al respecto. Es más, en el sistema interamericano, la interpretación conforme viene a ser uno de los efectos de la utilización de tal mecanismo, junto con la inaplicación o la invalidez de la norma interna. Vid. I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, op. cit. pp. 10-12, 27.

¹⁶⁴ Cfr. Díez-Hochleitner, “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”, op. cit., pp. 588-589; C.L Alfonso Mellado, “La aplicación en el ámbito interno...”, op. cit., pp. 257-258.

¹⁶⁵ Cfr. A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho...”, op. cit, p. 150.

¹⁶⁶ Así se declaró en la STC 150/2011, donde quedó negada su condición de “cláusula aditiva”. Cfr. A. Saiz Arnaiz, “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, p. 232.

¹⁶⁷ Cfr. A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho...”, op. cit. pp. 150-151.

“cualesquiera tratados que, de uno u otro modo, incidieran en o afectaran a «las mismas materias»”¹⁶⁸. Sin embargo, bien es cierto que la CSEr recibe aquí una atención marginal en comparación con los derechos civiles¹⁶⁹.

Este artículo viene a establecer así un mero mandato de interpretación conforme¹⁷⁰, pero no supone en ningún caso la asunción de tales tratados como canon autónomo de constitucionalidad¹⁷¹. Entender lo contrario supondría alejarnos del plano de la legalidad ordinaria y, por tanto, comprender los conflictos entre convenios internacionales y normas internas como control de constitucionalidad concentrado, por tanto, en el Tribunal Constitucional. Aspiración esta de Canosa Usera¹⁷², frustrada, sin embargo, por la STC 140/2018.

2.3. El Tribunal Constitucional respecto del control de convencionalidad: la STC 140/2018, de 20 de diciembre y los interrogantes sin resolver

Las discusiones doctrinales en torno al control difuso de convencionalidad terminarían por desembocar en su consagración por el TC, si bien los interrogantes que este deja sin responder mantienen vivo el debate al respecto.

La STC 140/2018 constituye un hito¹⁷³ en tanto que se refiere abierta y explícitamente a la posibilidad de los jueces ordinarios de ejercer el control de convencionalidad, si bien no constituye, en esencia, un pronunciamiento novedoso¹⁷⁴. En efecto, la postura del Tribunal Constitucional al respecto ya había sido vislumbrada en

¹⁶⁸ Cfr. A. Saiz Arnaiz, “Artículo 10.2. La interpretación...”, op. cit. p. 234. En este sentido, también se refiere a ella A. Mangas, “Cuestiones de Derecho...”, op. cit. p. 152.

¹⁶⁹ Cfr. F. Valdés Dal-Ré, “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”. En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar...*, op. cit. p. 343. Sin embargo, es importante advertir que A. Martín Valverde manifiesta la utilidad de la CSEr en lo que a la interpretación del derecho al trabajo y el derecho de negociación colectiva respecta. Cfr. A. Martín Valverde, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2020, pp. 69-70.

¹⁷⁰ Esta “conformidad” ha sido interpretada en dos sentidos, según las resoluciones del TC al respecto. De un lado, se trataría de conformidad como “mera compatibilidad”, en el sentido de ausencia de contradicción en la valoración frente al estándar internacional. De otro lado, se habla de conformidad *stricto sensu*, es decir, la valoración habría de alcanzar aquí una identidad plena entre norma interna y norma internacional. Cfr. A. Saiz Arnaiz, “Artículo 10.2. La interpretación...”, op. cit. p. 244.

¹⁷¹ Así lo vuelve a recordar la STC 140/2018 que será tratada con posterioridad, en su FJ 5.

¹⁷² Cfr. R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit. En efecto, el autor aboga por una concentración del control de convencionalidad en manos del TC, así como mantener en manos de los jueces ordinarios el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE, a fin de evitar tanto la caótica situación como la tensión entre jurisdicción ordinaria y constitucional que tuvo lugar con el caso del contrato de apoyo a emprendedores. De no ser así, denuncia el autor que un control de convencionalidad difuso supondría desvirtuar el uso del art. 10.2 CE, en tanto que las normas, lejos de ser interpretadas, serían antes inaplicadas.

¹⁷³ L. Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad...”, op. cit. Apartado II. 1.

¹⁷⁴ M. Fondevila Marón, “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 23, 2, p. 443; J.M. Goerlich Peset, “(Re)descubriendo el control...”, op. cit., p. 6.

algunas de sus sentencias¹⁷⁵, pero es en el Fundamento Jurídico Sexto de esta resolución donde queda confirmada. Se trata de un anuncio inesperado¹⁷⁶, pues la sentencia en concreto nace de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Los recurrentes¹⁷⁷ denunciaban la modificación del artículo 23 de la LOPJ que había restringido el alcance de la jurisdicción universal¹⁷⁸, alegando, entre otros, tanto la vulneración del artículo 10.2 CE¹⁷⁹ como del artículo 96, siendo el análisis de este último donde se inserta el discurso en torno al control de convencionalidad. En este sentido, nos centraremos en los puntos clave del Fundamento.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional define el control de convencionalidad como “una mera regla de selección de derecho aplicable”, lo cual, a juicio de I. G. Perotti Pinciroli, supondría desnaturalizar el mecanismo casi por completo¹⁸⁰. En efecto, su ejercicio no consiste en un “simple mecanismo binario de selección y aplicación normativa”¹⁸¹, sino que requiere que el juez interprete las normas y motive el ejercicio del control. Por otro lado, tal definición parece restringir los posibles efectos que el mismo era susceptible de tener en el sistema interamericano¹⁸². En este sentido, R. Alonso critica la necesidad de que este conlleve necesariamente a seleccionar la norma aplicable al caso¹⁸³, mientras que Perotti Pinciroli aboga por extender los efectos del control de convencionalidad hacia la interpretación de la norma interna con el tratado internacional,

¹⁷⁵ Es el caso de la STC 49/1988, en el que señalaba que “el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal [...]” (FJ 14).

¹⁷⁶ I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, op. cit., p. 25.

¹⁷⁷ Más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados.

¹⁷⁸ Concretamente, se modificaron los apartados 2, 4, 5 y 6 del artículo 23 LOPJ así como se incorporó una disposición transitoria que disponía el sobreesimiento provisional inmediato de los procedimientos abiertos de manera previa.

¹⁷⁹ Consideran que “la nueva regulación del principio de jurisdicción universal hace irreconocible dicho principio tal y como ha sido definido por el derecho internacional”. Sin embargo, el Tribunal desestimará tal pretensión por cuanto “no puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos [...] un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes”. Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 140/2018 de 20 diciembre. RTC 2018\140. FJ 5.

¹⁸⁰ I. G. Perotti Pinciroli, “El control de convencionalidad...”, op. cit. p. 27.

¹⁸¹ Id.

¹⁸² Vid. Nota al pie 89 del presente TFG (p. 22).

¹⁸³ En este sentido, considera tres supuestos que alejarían al juez ordinario de ello. En primer lugar, si este fuese un juez contencioso-administrativo y la norma interna de rango reglamentario, podría proceder a la anulación de la misma. Por otro lado, basándose en el artículo 96 de la CE, considera el autor un supuesto de invalidez del tratado internacional (tratados “válidamente celebrados”) y otro, más discutible, en el que el legislador pretendiera ir contra la fuerza pasiva de los tratados (es decir, “derogar, modificar o suspender” lo dispuesto en ellos). En estos dos últimos casos, sería el TC quien habría de intervenir y no el juez ordinario. Cfr. R. Alonso García, “El control...”, op. cit. pp. 33-36.

que ya no habrá de ser uno relativo a derechos humanos, como el precepto constitucional requiere.

En efecto, otra de las problemáticas abiertas del control de convencionalidad es la diversidad de tratados internacionales susceptibles de entrar en examen, lo cual “nos sitúa en un terreno de lo más variopinto”¹⁸⁴ y abre la puerta a la inseguridad jurídica, por dos motivos. De un lado, la selección de la norma aplicable será diversa y elegida libremente por el juez¹⁸⁵; de otro lado, la gran variedad de tratados no nos permite saber a qué atenernos¹⁸⁶. En este sentido, contar con las garantías jurídicas de las que goza el cumplimiento de la primacía del Derecho de la UE (esto es, la cuestión prejudicial y el TJUE) evitaría tales posibilidades de dispersión. No obstante, la propia sentencia contempla la posibilidad de que, en última instancia, el TC se pronuncie, por la vía del recurso de amparo, respecto del control realizado por el juez ordinario¹⁸⁷. Sin embargo, “resultar ilusorio convertir lo subsidiario y extraordinario (el amparo constitucional) en medida reparadora ordinaria”¹⁸⁸. Convendría, por tanto, buscar otras alternativas¹⁸⁹.

Por último, hay que señalar que el control difuso de convencionalidad es posible en tanto que encuentra su base en el artículo 96 CE que, lejos de establecer una superioridad jerárquica, señala el Tribunal que establece una regla de desplazamiento y

¹⁸⁴ R. Alonso García, “El control...”, op. cit. p. 31.

¹⁸⁵ J. M. Goerlich Peset, “(Re)descubriendo el control...”, op. cit., pp. 14-15. El autor aboga por limitar la libertad del juez en la selección de la norma aplicable que verifica a la interna habida cuenta de la gran variedad existente que cuenta, además, con sus propios órganos de control y que cooperarían en cumplir aquello que el juez en particular se ha propuesto.

¹⁸⁶ En este sentido, advierte A. Remiro Brotóns de la necesidad de tomar con cautela la suprallegalidad de todos los tratados internacionales, pues el contenido de los mismos no constituirá siempre una postura “progresista” que convenga privilegiar. Cfr. A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”, op. cit., pp. 644.

¹⁸⁷ “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional [...] queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso [...] 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 sólo una mera apariencia [...]»”. Cfr. FJ 6 de la sentencia comentada.

¹⁸⁸ L. Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad...”, op. cit., Apartado II. 1.

¹⁸⁹ Alternativas que inevitablemente se encuentran en el Tribunal Constitucional, ya sea intensificando su labor en el recurso de amparo (R. Alonso García, “El control...”, op. cit., p. 43) o concentrando el control de convencionalidad en el mismo, como ya defendía R. Canosa Usera antes de la sentencia comentada (R. Canosa Usera, *El control...*, op. cit.), aún a riesgo de que ello sea susceptible de derivar en manipulaciones por parte del órgano, como algún autor sugiere (Cfr. M. A. Garrido Palacios, “A vueltas con el control...”, op. cit., p.105, citando a A. Guamán, “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015), *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 70, p. 178.

define la resistencia pasiva del tratado, tal y como se señaló anteriormente. Habida cuenta de que los tratados internacionales no constituyen canon de constitucionalidad, la selección de derecho aplicable se torna en una mera “cuestión de legalidad”¹⁹⁰, que corresponde decidir a los jueces ordinarios (artículo 117.3 CE), en el mismo sentido en que estos inaplican las leyes autonómicas en virtud del principio de prevalencia o las nacionales en virtud del principio de primacía de la UE¹⁹¹. Por ello, no cabe entender que esto constituya una suerte de dejación de funciones por el TC¹⁹², pues este se limita a excluir su actuación en lo que al artículo 96 CE respecta, pero no por ello cabría entender su falta de competencia en aquellos casos en los que, además de vulnerar un tratado, se infrinja la CE en relación con otro precepto¹⁹³. En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con el Derecho de la Unión¹⁹⁴, el control de constitucionalidad primará siempre sobre el de convencionalidad¹⁹⁵, pues, a fin de cuentas, el derecho internacional no condiciona nunca la validez de las normas internas¹⁹⁶.

IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL DESPIDO EN ESPAÑA A LA LUZ DE LA CSEr

Efectuado el análisis en torno a la Carta Social Europea revisada como tratado internacional y su posible eficacia, es conveniente detenerse en su capacidad de producir cambios en nuestro ordenamiento interno. El estudio se centrará en la institución del despido¹⁹⁷, cuya actual configuración no deja de suscitar críticas entre la doctrina y los

¹⁹⁰ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 140/2018 de 20 diciembre. RTC 2018\140. FJ 6.

¹⁹¹ Sobre la problemática que supone extender tal paralelismo sin cautela, vid. Apartado III, epígrafe 2.2.2 del presente TFG (pp. 26-29).

¹⁹² Así lo califican, entre otros, M. Fondevila Marón, “El control de convencionalidad...”, op. cit., pp. 449-450. Para el autor, es el hecho de que los tratados no sean incorporados al bloque de constitucionalidad lo que constituye tal dejación de funciones por el TC, que obliga a los jueces ordinarios a actuar, pudiendo llegar a arrinconar al TC en materia de Derechos Fundamentales. Esto es rebatido por R. Alonso, “El control...”, op. cit., pp. 32, 43-47.

¹⁹³ Cfr. R. Alonso García, “El control...”, op. cit. pp. 43-49.

¹⁹⁴ Dada la primacía del Derecho de la UE, la constatación de una posible inconstitucionalidad en una norma requiere primero valorar si la misma es contraria o no al Derecho de la UE pues, en tal caso, el juez viene obligado a inaplicarla. Cfr. R. Alonso, “El control...”, op. cit. pp. 43-46.

¹⁹⁵ No opina igual M. Fondevila Marón, “El control de convencionalidad...”, op. cit. pp. 454-455, quien entiende que primero habría de llevarse a cabo un control de convencionalidad o bien de comunitariedad, dejando para el final el control de constitucionalidad, al que solo habrían de llegar las normas conformes con los tratados internacionales.

¹⁹⁶ P. A. Sáenz de Santamaría, “Artículo 96”, op. cit., p. 366.

¹⁹⁷ Se utiliza la expresión “despido” haciendo referencia a aquella extinción de la relación laboral fruto de la iniciativa del empleador y no únicamente al “despido disciplinario”, como pretendería acotar el Estatuto de los Trabajadores (ET) en su art. 49.1.k). Este concepto amplio, que va de la mano con el definido por la CSEr (Vid. Anexo, art. 24, ap.1), comprendería, en nuestro ordenamiento, el despido disciplinario, “objetivo”, colectivo y el debido a fuerza mayor. Cfr. A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit. p. 505; Cfr. M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico

operadores jurídicos, quienes recurren a las normas internacionales cuestionando, tanto su efectivo carácter causal como los efectos de un despido injustificado. Estos son, en esencia, los extremos acogidos por el artículo 24 CSEr, al que se añade, para su necesaria efectividad, el recurso ante un órgano imparcial¹⁹⁸.

1. El carácter causal del despido en España

1.1. El despido en el ordenamiento laboral español: forma, procedimiento y calificación jurídica

Como es bien sabido, la peculiaridad esencial del Derecho del Trabajo descansa en la debida articulación equilibrada de la libertad de empresa y la propiedad privada frente al mantenimiento de un bienestar social y, en este sentido, de un derecho al trabajo. Ambos extremos se recogen en la Constitución (artículos 38, 33 y 35.1, respectivamente) y se funden en la proclamación, en su artículo primero, del Estado social. Se trata, por tanto, de un equilibrio difícil, pero irrenunciable, entre dos valores superiores: libertad e igualdad¹⁹⁹, manifestado especialmente en la asimetría de la relación laboral y, por tanto, en el momento de su máxima tensión, esto es, en el despido.

Por este motivo, el artículo 35 de la Constitución, que proclama, entre otros, el derecho y el deber al trabajo, supone, como contenido esencial del primero, “el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una justa causa”²⁰⁰. En este sentido, el despido ha de verse necesariamente limitado, tal y como sucede en nuestro ordenamiento a través de una triple exigencia que requiere siempre de una causa, un procedimiento que cumpla con unos requisitos de forma y fondo

del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 444, p. 160.

¹⁹⁸ El estudio se centra en las dos primeras cuestiones mencionadas, pero no podemos olvidar la tercera, acogida también por el artículo 24 CSEr que, con la pretensión de cumplir con ellas, señala: “A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”. Generalmente, suele acudir al artículo 8 del Convenio 158 OIT para interpretar este precepto, de tal manera que la referencia a un organismo imparcial no ha de entenderse como hecha necesariamente a un órgano jurisdiccional. Cfr. C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”. En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, p. 161.

¹⁹⁹ Cfr. M. Aragón Reyes, “Artículo 1”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, p. 41.

²⁰⁰ Cfr. M. Nogueira Guastavino, “Artículo 35”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, p. 1191.

y una adecuada revisión judicial²⁰¹. Es así como el ordenamiento jurídico laboral, a la hora de configurar las diferentes figuras del despido, tiene en cuenta tales precisiones.

Este apartado se centra en el despido individual, más susceptible de ser afectado por el posible impacto jurídico de la CSEr²⁰².

En primer lugar, el despido disciplinario es aquel que, siendo expresión del poder de dirección del empresario²⁰³ configura, en aras de la seguridad jurídica, una serie de causas (en principio, típicas²⁰⁴) que determinarían la extinción del contrato de trabajo cuando el empleado incurre, de manera grave y culpable, en las conductas allí determinadas²⁰⁵. En este sentido, la valoración judicial al respecto resulta esencial, por cuanto se requerirá, en todo caso, de un análisis individualizado que tenga en cuenta, entre otros, la gravedad de la conducta²⁰⁶. A este análisis de fondo se añade uno formal, por cuanto el despido disciplinario se configura como un “acto formal y recepticio”²⁰⁷ que ha de ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos y la fecha de efectividad del despido²⁰⁸. En el mismo sentido habrá de cumplirse el requisito del plazo, pues las faltas muy graves caducan a los 60 días desde que la empresa tuvo conocimiento

²⁰¹ Cfr. *Ibid.*, p.1191.

²⁰² No obstante, la conexión existente en determinadas cuestiones entre el despido objetivo y colectivo determinará también su estudio indirecto. Destaca en este sentido el régimen de las causas empresariales articuladas como razón de extinción del despido objetivo (art. 52. c)), que beben directamente del régimen del colectivo (art. 51.1 ET). En el mismo sentido, la fase individual del despido colectivo (art. 51.4 ET) se funda en el procedimiento del objetivo (art. 53.1 ET).

²⁰³ Anteriormente predominaba la tesis que encontraba su base en el art. 1124 CC, considerándolo como una reacción frente al incumplimiento contractual. Cfr. A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 505-506.

²⁰⁴ Se trata, en principio, de una lista cerrada con causas tasadas, si bien la generalidad de algunas de ellas (especialmente, de la referida, en el art. 54.2.d) ET, a la transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño de trabajo) permitiría incluir en ella conductas no recogidas en el precepto señalado. Cfr. A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit., pp. 506-507; Cfr. A. Martín Valverde y J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, op.cit., pp. 846-848.

²⁰⁵ Vid. art. 54.2 ET.

²⁰⁶ Se habla en este sentido de la “teoría gradualista”, pues los jueces habrán de atender en primer lugar a la consideración de tales infracciones como leves, graves o muy graves, lo cual suele quedar determinado en los convenios colectivos. Únicamente procede el despido en los casos que, o bien se consideren muy graves por el convenio, o bien, de no estar en él tipificados y conforme al art. 54.2 ET, sean así considerados por el juez. Cfr. A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021, p. 12-13. Para un estudio más exhaustivo del despido disciplinario, vid. R. Aguilera Izquierdo, *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, 1997.

²⁰⁷ Cfr. A. Martín Valverde; J. García Murcia *Derecho del Trabajo*, op. cit. pp. 854.

²⁰⁸ Se trata de la denominada “carta de despido” que, a través de la declaración detallada de los hechos, permite al trabajador la reacción y defensa frente al despido. Cfr. A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit. pp.513-514. El CEDS exige también la comunicación escrita del despido. Cfr. CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights. Appendix: relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, 2018 (acceso vía www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law), p. 205.

de su comisión o bien, a los 6 meses desde que se cometió²⁰⁹, así como el procedimiento especial previsto para los trabajadores con funciones representativas o afiliados a un sindicato²¹⁰ o cualquier otra formalidad prevista en el convenio colectivo.

Teniendo en cuenta las necesidades empresariales, el ordenamiento laboral configura otro tipo de despido, denominado “por causas objetivas”²¹¹, que permite prescindir del trabajador por situaciones que, sin constituir un incumplimiento grave y culpable del empleado, generan perjuicios a la empresa²¹². La valoración judicial en este caso sigue el mismo camino que en el despido disciplinario, pues aborda un análisis de fondo referido a las causas, mientras que el análisis formal supone ahora la constatación de la necesaria puesta a disposición del empleado de una indemnización²¹³, la comprobación de la comunicación escrita²¹⁴ que exprese la causa del despido (y no necesariamente la fecha)²¹⁵ así como el cumplimiento de un preaviso de quince días²¹⁶.

Ambos despidos guardan semejanzas entre ellos, asimilándose también su régimen en lo que respecta a la calificación jurídica del mismo tras su impugnación

²⁰⁹ Vid. Artículo 60.2 ET.

²¹⁰ De acuerdo con el artículo 55.1 ET, el despido de los trabajadores que sean representantes legales o delegados sindicales no se limita a la carta de despido, sino que han de ser oídos, junto con los restantes miembros de su representación, en expediente contradictorio. Por otro lado, para aquellos trabajadores afiliados a un sindicato, siendo esto conocido por el empleador, deberá existir una audiencia previa en la que tomen parte los delegados sindicales de la sección sindical que corresponda. Esto no sucederá en el despido objetivo, donde la especialidad de la que gozan los representantes de los trabajadores consiste en la prioridad de permanencia ante un despido por causas ETOP (art. 52.c) ET).

²¹¹ Como ya mencionamos, la denominación legal se limita a calificarlo como “extinción del contrato por causas objetivas” (vid. Artículos 49.1.1), 52, 53 ET).

²¹² Se trata de causas que abarcan tanto circunstancias imputables al trabajador (ineptitud, falta de adaptación, faltas de asistencia) como derivadas del funcionamiento de la empresa (causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción -ETOP- recogidas en el art. 51.1 ET) así como las derivadas de insuficiencia presupuestaria en los contratos indefinidos en entidades sin ánimo de lucro. Cfr. A. Montoya Melgar, *Derecho del Trabajo*, op. cit. pp. 520-524.

²¹³ Esta indemnización, de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades (con prorrateo por meses para los períodos inferiores a un año), se entregará al mismo tiempo que la carta de despido, salvo alegación de causa económica y debida justificación de tal imposibilidad. Cfr. artículo 53.1.b) ET.

²¹⁴ En los casos en que se alegue como causa de extinción una de las derivadas del funcionamiento de la empresa (causas ETOP) se deberá entregar copia a la representación legal de los trabajadores. Cfr. Artículo 53.1.c) ET.

²¹⁵ La omisión de la necesidad de expresar la fecha en que produce efectos el despido en el artículo 53.1.a) ET ha sido criticada por la doctrina, pues ello perjudica al trabajador en tanto que desconoce el momento en que comienza el plazo de caducidad de veinte días para impugnar su despido (art. 59.3 ET). Si bien puede anticipar su ejercicio al momento en que reciba la comunicación de preaviso (art. 121.1 LRJS), no puede conocer con exactitud la extensión del plazo. Cfr. A. Blasco Pellicer; E. Taléns Visconti, *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018, pp.134-135.

²¹⁶ Dada la peculiaridad de esta extinción del contrato y los posibles perjuicios que ocasionaría en el trabajador, se pone a su disposición, durante estos quince días, de una licencia de seis horas semanales con el fin de encontrar un nuevo empleo. Cfr. art. 53.1.c) y 2 ET.

judicial. Así, la declaración de procedencia supone, en ambos casos, el cumplimiento de los requisitos del procedimiento, de modo que queda convalidado el acto extintivo, con el derecho a consolidar la indemnización otorgada en el caso del despido objetivo. Por su parte, la improcedencia se predica de aquellos supuestos en los que la causa no queda probada (o, en el despido disciplinario, no se prueba de manera suficiente la gravedad²¹⁷ y culpabilidad del trabajador) o bien, no se cumplen el resto de los requisitos, incluidos los formales²¹⁸, como la entrega de la indemnización en el despido objetivo, la comunicación por escrito del despido o la expresión del hecho que motiva el mismo, entre otros²¹⁹. Esta calificación supone la opción del empleador²²⁰ entre la readmisión o la indemnización²²¹. Lo primero supone, en el despido disciplinario, el pago al trabajador de los salarios de tramitación (los dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia o hasta que se hubiese encontrado un nuevo empleo), mientras que, en el despido objetivo, la readmisión supondría la devolución de la indemnización inicialmente recibida²²². Por otro lado, la calificación de nulidad se da ante despidos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales y libertades públicas, así como por las causas tasadas en los artículos 53.4 y 55.5 ET. Ello supone la readmisión del trabajador junto con el pago de los salarios de tramitación.

²¹⁷ En caso de que el juez apreciase que los hechos acreditados constituyen infracción, pero no de una gravedad tal que supusiese el despido, podrá autorizar la imposición de una sanción de menor entidad, que el empresario impondrá si decide readmitir al trabajador (cfr. art. 108.1 LRJS).

²¹⁸ En el despido disciplinario (y en el objetivo, si así lo entendemos por la remisión del art. 53.3 ET), el empresario puede anticiparse a la declaración judicial efectuando un nuevo despido, en el plazo de veinte días, cumpliendo los requisitos formales omitidos en el primero y poniendo a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, pues es el nuevo despido el que vendrá a surtir efectos, no el anterior (art. 55.2 ET). No obstante, si el empresario no se anticipa a la declaración judicial y el despido recibe la calificación de improcedencia por defectos formales, puede efectuar un nuevo despido en el plazo de 7 días (debiendo para ello optar por la readmisión). Cfr. art. 110.4 LRJS.

²¹⁹ Cabe entender referenciados a este punto, en lo que respecta al despido disciplinario, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del procedimiento especial previsto para los representantes legales o delegados sindicales (art. 51.1 ET), en lo referente a su expediente contradictorio, o bien para aquellos trabajadores afiliados a un sindicato que no lleguen a participar en una audiencia previa. Respecto del despido objetivo, conviene destacar la no calificación de improcedencia ante la ausencia de preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización (cfr. art. 53.4 ET).

²²⁰ Si bien, se admite que, por convenio colectivo, la titularidad de la facultad de optar se atribuya a un trabajador que no ostente la condición de representante. Cfr. A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, op. cit., pp. 124-125.

²²¹ Equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio hasta un máximo de veinticuatro mensualidades, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año (art. 56.1 ET), si bien esta será de cuarenta y cinco días por año, con un máximo de cuarenta y dos meses para los contratos anteriores al 12-2-2012 (vid. Disp. Trans. 11ª ET). En el despido objetivo, la opción por la indemnización supone su deducción de la indemnización ya recibida (art. 53.5.b) ET).

²²² Cfr. artículos 56.2 ET; 108-110 LRJS y 53.5.b) ET; 122-123 LRJS.

Se aprecia aquí una suerte de calificación generalizada de la improcedencia, fruto de la modificación efectuada por la Ley 11/1994²²³ que, al derivar de los defectos formales la improcedencia y no la nulidad, generaría una falta de atención hacia la formalidad del despido, junto con la imposibilidad del juez de entrar a valorar las causas del mismo. Y, sin embargo, la extinción de la relación laboral podría igualmente tener lugar si el empresario, ante la calificación de improcedencia, optase por la indemnización²²⁴. Es más, esta generalización de la improcedencia constituye lo que para algunos “es un secreto a voces, que el despido ha dejado de ser causal, pudiéndose hablar de un despido libre, pero no gratuito”²²⁵. En efecto, si bien en algún momento existió en la jurisprudencia la figura del despido fraudulento en tanto que carente de causa²²⁶, su desaparición y la no contemplación de tal circunstancia como una de las determinantes de la nulidad del despido supone que, aun cuando en este no se alegue causa alguna o bien se trate de una ficticia, procede determinar únicamente su improcedencia. La nulidad opera hoy día únicamente respecto de las causas determinadas por la legislación laboral de modo que ello mantiene vivo el debate respecto a la existencia de un despido ilícito, pero válido, o, lo que es lo mismo, libre pero indemnizado²²⁷. En la actualidad, la ambigüedad del artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020²²⁸, adoptado para paliar los efectos

²²³ Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

²²⁴ Cfr. M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op. cit. pp. 162-165.

²²⁵ D. Toscani Giménez, “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, pp. 97-98.

²²⁶ Durante la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, la jurisprudencia mantenía la distinción entre despido nulo y radicalmente nulo, siendo este último aquel que, manteniendo validez formal, se fundaba en causas ficticias o inexistentes. La evolución jurisprudencial determinó su reconocimiento restrictivo, tornándose como figura excepcional y extrema, concurriendo únicamente ante decisiones empresariales “con dosis de arbitrariedad especialmente intensa, atentatoria de los más elementales principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, buscando inadecuado amparo en normas que autorizan despido causal para lograr un resultado contrario al ordenamiento jurídico” (STS (Sala de lo Social) Sentencia de 2 noviembre 1993. RJ\1993\8346, FJ 2). No obstante, con la vigencia del Texto Articulado de la LPL de 1990 y hasta la actualidad, la determinación de las causas tasadas en la ley y la no positivización de tal figura jurisprudencial acabó por determinar su desaparición. Cfr. A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, p. 136; M. R. Martínez, Barroso, pp. 184-186; Cfr. TS (Sala de lo Social) Sentencia de 19 enero 1994. RJ\1994\352; TS (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 29 septiembre 2014 RJ\2014\5571, entre otras.

²²⁷ La cita corresponde originalmente a J. López, si bien ha sido extraída de M. Florencia Suárez, “Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo”. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020, p. 128.

²²⁸ Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19. El artículo 2 “Medidas extraordinarias para la protección del empleo”, dice así: “La fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.”

derivados de la crisis del COVID-19, ha reactivado la polémica al respecto, sucediéndose resoluciones judiciales que abogaban, bien por la nulidad, bien por la improcedencia. No obstante, y habida cuenta de nuestro sistema actual, la opción por la improcedencia se muestra como la más adecuada y, sin embargo, ineficiente²²⁹. La medida publicitada como “prohibitiva del despido” recae en la normativa general que, aunque causal, quizás solo lo sea en su plano teórico o formal.

1.2. El artículo 24.a) CSEr y la conformidad con la regulación española

La polémica -expuesta anteriormente- generada en torno al despido sin causa podría ser solventada con la ayuda de la CSEr²³⁰ que, en el apartado a) de su artículo 24 expresa “el derecho de todos los trabajadores²³¹ a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”. En efecto, la CSEr establece aquí el “principio de justificado motivo”²³² que, en el fondo, constituye un reflejo de nuestro artículo 35 CE por cuanto viene a promover el principio de estabilidad en el empleo, al tiempo que se asemeja en gran medida con el artículo 4 del Convenio 158 OIT (C158 OIT), en el que se inspira²³³. La CSEr vendría a introducir

²²⁹ La calificación judicial improcedente deviene prácticamente evidente si atendemos al texto legal, que niega la posibilidad de justificar el despido en unas determinadas causas. Quien vulnere esta norma incurre, por tanto, en un despido injustificado. Sin embargo, el contexto de la pandemia lleva a pensar en la necesidad de arbitrar una solución más protectora, por lo que algunos tribunales, teniendo en cuenta el criterio teleológico de la norma (art. 3.1 CC) declaran su nulidad. Cfr. P. Menéndez Sebastián; I.A. Rodríguez Cardo, “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 454, pp. 17-55; E. Roales Paniagua, “Despido objetivo durante el estado de alarma por Covid 19: de nuevo sobre la nulidad o improcedencia de los despidos efectuados en fraude de ley”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 235, edición electrónica vía Thomson Reuters Proview.

²³⁰ Así lo consideran C. Molina Navarrete, “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 noviembre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 455, pp.239-241; A. Seoane García, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, núm. 211, mayo 2020, pp.6-33, entre otros.

²³¹ Como se indica en el Anexo a la CSEr, el artículo 24 se refiere a todos los trabajadores, si bien admite que un Estado Parte excluya de su protección a los siguientes: aquellos vinculados por un contrato de trabajo de duración determinada o para una tarea determinada; aquellos que se encuentren en período de prueba o que no hayan cumplido un período de antigüedad exigido (si este se ha fijado por anticipado y tiene una duración razonable) y aquellos contratados de manera eventual por un breve período de tiempo. Constituye esta una lista cerrada, de modo que la exclusión de cualquier otro tipo de empleado supondría la disconformidad con la CSEr. Cfr. CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights, 2018* (www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law), op.cit., p. 204.

²³² Cfr. J.L. Monereo Pérez. “Derecho a protección en caso de despido. Artículo 24 de la Carta Social Europea”. En *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, pp. 839.

²³³ Hasta el punto de que el magistrado A. Seoane García establece una tabla de equivalencias entre ambos. Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op.cit., pp.19-20. Sin embargo, esta resulta algo

una idiosincrasia del despido que las reformas laborales surgidas a raíz de la recesión económica del 2008 habrían perdido. Se trata, por tanto, de recuperar el valor social del despido y en este sentido, su carácter no deseable. De este modo, resulta indispensable evitar los despidos arbitrarios y para ello, la necesidad de una razón válida se erige como pilar fundamental²³⁴.

Así, las aptitudes o conductas del trabajador²³⁵ podrían constituir razones válidas de extinción de la relación laboral. No obstante, ni la ausencia temporal por enfermedad o lesión²³⁶ ni la edad²³⁷ podrían entenderse como causas justificativas del despido. En este sentido, cabe entender, en principio, que nuestra legislación es conforme con la CSEr, habida cuenta de, por un lado, la reciente derogación del artículo 52.d) ET, así como de la posibilidad de alegar discriminación por edad en base al artículo 14 CE. De la misma manera, la CSEr rechaza la validez del despido derivado de la reclamación efectuada por el trabajador contra el empresario, lo cual cabría entender confirmado por nuestra legislación, en tanto que el artículo 24.1 de la CE contiene la garantía de indemnidad²³⁸.

discutible. Cfr. C. Molina Navarrete, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»? *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, núm. 451, pp. 200-201.

²³⁴ Cfr. M. Schmitt, “Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment”. En N. Bruun; K. Lörcher; I. Schömann; S. Clauwaert, *The European Social Charter and the employment relation*, Hart Publishing, Oregon, 2017, p. 422.

²³⁵ Si bien el CEDS aún no ha interpretado tales nociones, cabe acudir para ello a la interpretación dada por el C158 OIT, que entendería tales causas en tanto que vinculadas con el trabajo o el ambiente laboral del empleado. Cfr. *Ibid.*, pp. 422-423.

²³⁶ Cfr. Anexo, artículo 24.3.f. CSEr. Sin embargo, el CEDS puede interpretar esta causa como válida, pues permite alegar un tiempo límite en la ausencia, que podrá ser causa de despido cuando interrumpa gravemente las operaciones de la empresa y se requiera la sustitución del trabajador ausente. En este sentido, el CEDS tiene en cuenta el origen de la enfermedad o lesión, si se le ha pagado indemnización al empleado y si puede realizar un trabajo alternativo en la empresa. Cfr. K. Lukas, *The Revised European Social Charter. An article by article commentary*, Edward Elgar Publishing, 2021, pp.289-291.

²³⁷ Aunque la CSEr no lo menciona en ninguno de sus textos, sí lo hace el CEDS en sus conclusiones y una de sus decisiones. Así, en 2007 el CEDS declaró que la edad no constituiría causa válida de despido salvo que este se debiese a razones empresariales. Por otro lado, en *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) v. Norway*, Complaint No. núm. 74/2011, señala el Comité que el límite de edad no estaría basado en motivos objetivos y afectaría desproporcionadamente a los derechos de los trabajadores. Cfr. M. Schmitt, “Article 24...”, op. cit., pp. 424-425.

²³⁸ En efecto, señala C. Sáez Lara, siguiendo al TC que, la garantía de indemnidad en el ámbito laboral “se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los Jueces y Tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos”. Cfr. C. Sáez Lara, “Artículo 24.1. Tutela judicial efectiva y proceso de trabajo”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, p. 759. En un sentido similar, el artículo 17.1 ET señala que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

El resto de las causas consideradas como motivos no válidos para el despido en el Anexo de la CSEr se entienden también, en principio, conformes con nuestro ordenamiento.

Por otro lado, en lo que a las razones derivadas del funcionamiento empresarial respecta, cabría entender la remisión a las causas ETOP de nuestro ordenamiento, si bien aquí el CEDS reclama la necesidad de los jueces de valorar no solo las cuestiones de derecho, sino los hechos económicos que subyacen a las razones del despido. Sin embargo, este control judicial en España se restringió en gran medida tras la Ley 3/2012²³⁹, que destierra definitivamente la comprobación basada en juicios de oportunidad y centra esta en la mera concurrencia de causas²⁴⁰. No obstante, en la práctica, los tribunales no se limitan a efectuar un mero control legal, sino que, al menos, mantendrían el ejercicio del control de funcionalidad, esto es, de idoneidad de la medida adoptada²⁴¹.

En esencia, cabe entender nuestra legislación laboral conforme con la CSEr. Frente a la crítica que alega la validez en nuestro ordenamiento del despido sin justa causa, conviene traer a colación el razonamiento de la STSJ Andalucía/Sevilla 3571/2020 de 19 de noviembre²⁴², que declara improcedente un despido en el que no se alega causa alguna. Ello se debe a la necesidad de distinguir entre el aspecto sustantivo y el procesal, pues el primero supone la construcción de un sistema causal que, de ser incumplido, genera responsabilidades para el incumplidor (y en este sentido, ni la causa es un mero elemento formal ni el despido es un negocio jurídico abstracto, sino que más bien deriva del artículo 1124 CC). Por otro lado, en el aspecto procesal, en la calificación judicial del despido, se condensan “las medidas dirigidas a exigir al empresario incumplidor las consecuencias de su comportamiento ilícito”²⁴³. Por tanto, ante un despido sin causa alegada, corresponde la calificación de improcedencia pues, como ya mencionamos, actualmente nuestro ordenamiento no comprende la ausencia de causa como razón para determinar la nulidad del acto extintivo²⁴⁴.

²³⁹ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²⁴⁰ A. Blasco Pellicer, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 29-35.

²⁴¹ Cfr. V.P. Lafuente Pastor, *El control judicial de los despidos*, Bomarzo, Albacete, 2021, pp. 125-158.

²⁴² TSJ de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 3571/2020 de 19 noviembre JUR\2020\355101.

²⁴³ Ibid., FJ 2.

²⁴⁴ Recuerda también el tribunal que no cabría acudir a los apartados 3 y 4 del artículo 6 del CC en tanto que ello supondría incurrir en confusión conceptual, pues con ello se parte del hecho de que el mismo acto extintivo es ya nulo, a diferencia de lo que realmente sucede en nuestro ordenamiento, donde, habida cuenta

No procede, por tanto, reprochar a nuestro sistema actual la acausalidad. Sin embargo, ello no obsta a que, dados los efectos prácticos de la normativa, quepa denunciar la efectividad de su protección²⁴⁵. Es aquí donde cobra sentido la CSEr, que no se centra tanto en la calificación judicial del despido sino en la garantía de efectividad prevista²⁴⁶. En este sentido, podríamos decir que España cumple con lo estipulado con la CSEr, pues en caso de despido injustificado se arbitran medidas al respecto. Sin embargo, ello no puede suponer ni una aceptación acrítica de tales medidas ni una validación inmediata de la calificación judicial que las articula.

2. Los efectos del despido injustificado en la actual regulación española

La efectiva causalidad del despido en España debe estudiarse en clave práctica y no meramente teórica. En este sentido, la CSEr aporta elementos para reflexionar respecto de las garantías del sistema actual, cuestión que se analizará en primer lugar, para dar paso al examen de la introducción de la indemnización adicional a la legal tasada por despido en nuestro ordenamiento, tanto desde el control de convencionalidad, como desde la propia legislación. Finalizaremos con la exposición del caso italiano, que ofrece una guía del futuro en que puede verse envuelta España.

2.1. El ordenamiento español y su conformidad con la CSEr

Los efectos de la calificación del despido en España ya fueron vistos, *grossomodo*, en los apartados anteriores. Conviene ahora centrarse en aquellos aspectos susceptibles de entrar en conflicto con el artículo 24.b) de la CSEr y las resoluciones del CEDS. Este precepto propugna “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”. Tal y como declara

de la legislación al respecto, la calificación de improcedencia o nulidad viene a determinar las medidas ante los incumplimientos de la misma. Operan, en este sentido, “conforme a lógicas diferenciadas, no intercambiables” (FJ3). Es más, caer en tal confusión supone entender que todos los despidos devendrían nulos y no existiría margen para la improcedencia (cfr. FJ3).

²⁴⁵ En este sentido, señala la STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 3571/2020 de 19 de noviembre que, “cuestión distinta es si la prestación por equivalente parece suficientemente disuasiva para tratar de evitar un comportamiento que se entiende que es socialmente reprochable”. En un sentido similar, denuncia A. Seoane García que, “cuando determinados órganos judiciales cuestionan la respuesta del art. 56 de la LET al despido acausal [...] lo que se está impugnando de fondo es la calificación misma y sus consecuencias legales”. Es decir, la cuestión clave es atender a las sanciones que la ley prevé y determinar entonces si son o no las adecuadas. Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit. pp.17-18.

²⁴⁶ Cfr. C. Molina Navarrete, “El despido con causa irreal...”, op. cit. pp.239-241.

el CEDS, los sistemas de compensación son considerados apropiados si incluyen alguna de las estipulaciones que pasamos a analizar a continuación²⁴⁷.

La primera se refiere al “reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha de despido y la decisión del órgano de apelación”²⁴⁸. Parece que se trata, en efecto, de lo que en nuestro ordenamiento conocemos como “salarios de tramitación”, una suerte de “lucro cesante” aplicado al ámbito laboral, pues se trata de aquella suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia²⁴⁹. En principio, parece que nuestro ordenamiento es conforme con la CSEr, si bien es cierto que el pago de estas cantidades procede únicamente cuando, declarada la improcedencia del despido, el empresario opta por la readmisión, así como cuando sea declarada la nulidad del mismo, sin perjuicio de las garantías especiales de las que gozan los representantes de los trabajadores o delegados sindicales²⁵⁰. Si bien fue criticada la eliminación por la reforma laboral de 2012 de los salarios de tramitación en los supuestos en que se optase por la indemnización, lo cierto es que, en principio, el actual sistema español continúa siendo conforme a la CSEr, pues el CEDS define el pago de este reembolso en los casos en que la readmisión sea la medida adoptada²⁵¹.

En segundo lugar, el CEDS habla de “la posibilidad de readmisión”²⁵², a pesar de que el texto de la CSEr ni siquiera lo menciona²⁵³. No sucede así en el C158 OIT, cuyo artículo 10 expresa además la preferencia por esta medida²⁵⁴. Aunque no queda del todo

²⁴⁷ Cfr. CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*. op.cit., p. 206.

²⁴⁸ “Reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body”.Id.

²⁴⁹ Artículo 56.2 ET.

²⁵⁰ En estos casos, estos trabajadores cuentan con la opción entre readmisión e indemnización, así como el derecho a los salarios de tramitación en todo caso (artículo 56.4 ET). Por otro lado, dado que el titular de la opción puede llegar a ser un trabajador sin tal condición, cabe plantearse si este goza del mismo régimen de salvaguarda de los salarios de tramitación que el expuesto en el artículo 56.4 ET o bien del general, que parecería, en principio, más plausible. Cfr. A. Blasco Pellicer, *La extinción del contrato...*, op. cit., pp. 20-21.

²⁵¹ Conclusiones 2003, Bulgaria, Artículo 24. Apartado “Damages”: “when a dismissal is ruled to be null and void and an employee's reinstatement is ordered, or the employment relationship is held to have been uninterrupted, such decisions must at a minimum be accompanied by an entitlement to receive the wage that would have been payable between the date of the dismissal and that of the court decision or effective reinstatement.”. (Acceso vía HUDOC). Cfr. M. Schmitt, “Article 24...”, op. cit., pp. 432-433.

²⁵² “The possibility of reinstatement”. Cfr. CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, op.cit., p. 206.

²⁵³ Esta es una de las críticas efectuadas a la CSEr (Cfr. C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto...”, op. cit. pp. 192-193), frente a quien considera que el artículo 24 CSEr condensa el articulado del C158 OIT “con mejor y más actual técnica” (Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit., p.19-20).

²⁵⁴ Artículo 10 C158 OIT: “Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación

claro si la readmisión deviene o no obligatoria, algunas de las resoluciones del CEDS²⁵⁵ parecerían inclinar la balanza hacia la respuesta afirmativa pues, de hecho, la medida queda integrada en el concepto de “reparación apropiada”²⁵⁶. Por otro lado, M. Schmitt señala que tampoco queda definido si esta medida ha de imponerse por ley, a petición del trabajador, o bien por los tribunales, siendo esto posible únicamente cuando el trabajador pueda optar por ella²⁵⁷. No obstante, parece que el CEDS se inclina hacia considerar el papel predominante de los tribunales al respecto²⁵⁸. No es el caso de la legislación española, donde la readmisión, si bien se admite, queda condicionada a la elección del empresario, salvo supuestos especiales²⁵⁹. Ello resulta llamativo, por cuanto, en contra del principio general del artículo 1124 CC, se estaría concediendo al sujeto incumplidor y no al perjudicado, la facultad de elegir el cumplimiento de la obligación²⁶⁰.

Por último, el CEDS considera, como otro remedio apropiado, “la indemnización a un nivel suficientemente alto como para disuadir al empresario y reparar el daño sufrido por el empleado”²⁶¹. Es aquí donde, como en el caso italiano, la legislación española se encuentra con más críticas. En efecto, la indemnización prevista por el ordenamiento laboral difícilmente puede cumplir con la doble función, reparadora y disuasoria, que prevé la CSEr. El artículo 56.1 ET prevé una indemnización tasada, calculada únicamente

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.”

²⁵⁵ Cfr. Conclusiones, 2012, Finlandia. Cfr. M. Schmitt, “Article 24...”, op. cit., p. 431-432

²⁵⁶ Cfr. *Finnish Society of Social Rights v. Finland*. Complaint No. núm. 106/2014, ordinal 55.

²⁵⁷ Cfr. M. Schmitt, “Article 24...”, op. cit., pp. 431-432.

²⁵⁸ “The Committee considers that other appropriate relief should include reinstatement as one of the remedies available to national courts or tribunals [...] Whether reinstatement is appropriate in a particular case is a matter for the domestic courts to decide.” Cfr. *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, Complaint No. 106/2014, ordinal 55.

²⁵⁹ Como ya mencionamos, nos referimos a los casos en que los trabajadores despedidos sean representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales (art. 56.4 ET) o bien, a aquellos casos en los que, por convenio colectivo, se atribuya la titularidad de la opción a un trabajador sin tal condición.

²⁶⁰ Cfr. A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, op. cit. pp. 122-123; M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op.cit. pp. 183-184; A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit. pp. 9-12, 28-29. Este último autor critica además que, al elegir el empresario, sujeto incumplidor, este estaría eligiendo también “la extensión de su propia responsabilidad civil”, pues las opciones que articula la ley (indemnización y readmisión con salarios de tramitación) no resultan equivalentes. En este sentido, T. Sala Franco; A. Esteve Segarra, “Capítulo XVII. La regulación de la extinción del contrato de trabajo”. En T. Sala Franco, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, p.311-312, consideran que la normativa vigente desincentiva la opción por la readmisión, habida cuenta de la eliminación de los salarios de tramitación en el caso de optar por la indemnización. Abogan, por tanto, bien por su reinstauración, o bien por su eliminación únicamente para los casos de readmisión.

²⁶¹ “Compensation of a high enough level to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee”. Cfr. CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, op.cit., p. 206.

en base a dos criterios, los cuales son, de un lado, el salario percibido por el trabajador al tiempo del despido y, de otro lado, la antigüedad de este en la empresa²⁶². De esta manera, se asume que esta indemnización “está configurada como una auténtica indemnización de daños y perjuicios”²⁶³ pues, al menos formalmente, se fundamenta en los perjuicios que el empresario ocasionaría al trabajador. Sin embargo, su aplicación se produce de manera indiscriminada a todo empleado, con la única excepción que nace del cambio legislativo operado en 2012 y que, con independencia de toda situación individual, establece una dualidad de cuantías a percibir en determinados casos²⁶⁴.

El carácter automático de la indemnización y su no individualización al caso concreto, supone que, por un lado, el trabajador no podrá recibir mayor cuantía en los casos en que quizás el daño fuese superior. Por otro lado, el empleador no será disuadido de su actuación, pues la cantidad a pagar no atiende a las peculiaridades de la empresa²⁶⁵. No obstante, ello ofrece seguridad jurídica y evita la actividad probatoria, lo cual quizás sea favorable a efectos de economía procesal y eficiencia empresarial, por cuanto el empleador puede valorar de manera anticipada la decisión relativa a conservar o cesar a un trabajador²⁶⁶. Sin embargo, esto supone a un trabajador cosificado y equiparado a mera mercancía²⁶⁷, pero también cohibido²⁶⁸, habida cuenta del papel vital del trabajo como medio de subsistencia y desarrollo personal.

²⁶² Cfr. M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad”, op. cit., pp. 180-183. Para un estudio más detallado del cálculo de la indemnización, vid. I. A. Rodríguez Cardo, *El cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.

²⁶³ J.A. Buendía Jiménez, “La indemnización tasada y las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3, 2021, p. 112.

²⁶⁴ Vid. Nota al pie 221 del presente TFG (p.41). Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit., pp. 27-28. Para el autor, la definición tradicional de la jurisprudencia que considera que la indemnización tasada del artículo 56.1 ET constituye en realidad una indemnización por daños y perjuicios que ya serían tenidos en cuenta con carácter tasado y previo, quiebra con la dualidad indemnizatoria establecida a raíz de la Ley 3/2012.

²⁶⁵ A juicio de J.A Buendía, más bien sería disuadido el empleado y no el empresario, en lo que se refiere a la impugnación del despido, pues el trabajador preferiría asumir la decisión extintiva y acogerse a la situación legal de desempleo que impugnar el despido por, al fin y al cabo, una baja indemnización legal. Cfr. J.A. Buendía Jiménez, “La indemnización tasada y las consecuencias...”, op. cit. pp. 116-118.

²⁶⁶ Cfr. M. R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op. cit. pp. 182-184.

²⁶⁷ Cfr. V. P. Lafuente Pastor, *El control judicial...*, op.cit., pp.170-173.

²⁶⁸ El hecho de que la indemnización por despido improcedente únicamente tenga en cuenta el salario percibido hasta el despido y los años de servicio, unido a la reducción de la misma tras la Ley 3/2012, supone un desincentivo de la movilidad laboral del trabajador, pues si quiere mantener un *quantum* indemnizatorio aceptable, deberá permanecer en la misma empresa. Cfr. M. R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op. cit. p. 182.

Precisamente con la pretensión de proteger la dignidad del ser humano²⁶⁹ surge en el ordenamiento laboral un ámbito cuya indemnización por despido escapa del automatismo. Se trata del procedimiento especial por vulneración de derechos fundamentales que, tras una larga evolución jurisprudencial²⁷⁰, termina consolidando en el artículo 183.1 LRJS²⁷¹ la posibilidad de compatibilizar en el ordenamiento laboral la indemnización legal tasada con aquella que corresponda “por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas”. En este sentido, el daño moral adquiere un carácter automático, al concederse en tanto que queda acreditada la lesión al derecho fundamental²⁷², mientras que el resto de los daños han de ser valorados con el fin de establecer una indemnización proporcional a los mismos. Ello se articula con un doble objetivo: de un lado, el restablecimiento de la víctima en la integridad de su situación anterior y, de otro lado, la contribución a la finalidad de prevenir el daño²⁷³. Si bien el primer propósito es por todos conocido, habida cuenta de nuestro derecho de responsabilidad civil, no lo es tanto el segundo, que supone la introducción de una figura aún extraña en nuestro ordenamiento.

En efecto, la figura de la indemnización disuasoria supone aplicar en nuestra legislación aquella conocida como “daños punitivos”²⁷⁴, generalizada en los sistemas del *Common law*. La pretensión por introducir un elemento extraño a la legislación española,

²⁶⁹ Cfr. L. Mella Méndez, “La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo”. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Cinca, Madrid, 2013, p. 248.

²⁷⁰ Vid. E. López Terrada, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: revista de Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 1, 2021, pp.2-39.

²⁷¹ Art. 183.1 LRJS: “Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

²⁷² En este sentido, indica el artículo 179.3 LRJS que, en la demanda, se deberán establecer, entre otras cuestiones, las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada, incluyendo la gravedad, duración y consecuencias del daño, “salvo en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada”, lo cual sucederá, como indica E. López Terrada, “casi siempre”. Cfr. E. López Terrada, “La controvertida indemnización...”, op. cit., p. 18.

²⁷³ Cfr. artículo 183.2 LRJS: “El tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”.

²⁷⁴ Del inglés “punitive damages”. La denominación correcta sería “indemnizaciones punitivas”. Estas se articulan con “el propósito de que el causante del daño no vuelva a incurrir en similares conductas, al tiempo que se disuade a terceros de hacer lo propio”. Cfr. M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general, delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson, Madrid, 2020, pp. 56-61.

junto con la ambigüedad del texto normativo, supone la dificultad de los tribunales de dar el paso hacia esa “determinación prudencial”²⁷⁵, provocando no solo diversas interpretaciones al respecto²⁷⁶ sino también, en algunas ocasiones, el retorno hacia una indemnización tasada y baremada, basándose en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS)²⁷⁷ que haría de esta indemnización mera retórica judicial²⁷⁸. Sea como fuere, las pretensiones de la CSEr podrían quedar cumplidas por España en lo que a los despidos nulos por derechos fundamentales se refiere, pero ello no incluiría ni los casos de mera improcedencia ni los de mera nulidad objetiva del artículo 55.5 ET²⁷⁹.

Para finalizar, la CSEr establece una última previsión relativa a la indemnización por despido, concretamente, a la existencia de un tope máximo, tal y como sucede en el ordenamiento español²⁸⁰. Según el CEDS, “queda proscrito todo límite máximo en la indemnización que *pueda* impedir que los daños sean proporcionales al perjuicio sufrido y suficientemente disuasorios”²⁸¹. Aunque, en efecto, nuestra legislación laboral cuenta con dicho límite, es importante resaltar que el CEDS no está afirmando que este sea contrario a la CSEr en todo caso, sino que podrá tratarse de casos excepcionales. Ahora bien, para estos casos, “la víctima debe poder solicitar una indemnización por el daño moral a través de otras vías legales”²⁸². En este punto, España difícilmente puede cumplir con la CSEr. Salvando el caso de la lesión de derechos fundamentales, la indemnización

²⁷⁵ Cfr. artículo 183.2 LRJS.

²⁷⁶ De un estudio jurisprudencial se desprenden tres concepciones de la función disuasoria. La primera, como derivada de un efecto implícito en la constatación de la indemnización reparadora. La segunda, como una cantidad añadida a la reparación, pero establecida de manera autónoma. Y la tercera, como indemnización con mayor autonomía y orientada hacia una función más bien sancionadora. Cfr. C. Molina Navarrete, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 27-34; Cfr. E. López Terrada, “La controvertida indemnización...”, op. cit. pp. 30-32. En cualquier caso, señala J. Sánchez Pérez la necesidad de solicitar expresa y autónomamente la indemnización que cubriría el efecto disuasorio. Cfr. J. Sánchez Pérez, “La reparación del daño en la jurisdicción social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, Apartado V (edición electrónica, acceso vía Thomson Reuters Proview).

²⁷⁷ Cfr. C. Molina Navarrete, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía...*, op. cit. p. 19; Del mismo autor, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario...”, op. cit., pp. 190-194.

²⁷⁸ Cfr. C. Molina Navarrete, *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía...*, op. cit. p. 19.

²⁷⁹ Señala E. López Terrada que, en principio, resultaría más plausible el rechazo de la indemnización prevista en el art. 183 LRJS para estos supuestos, pues en las nulidades objetivas no se tendría en cuenta la presencia de un factor de “culpa” o “animosidad” del ofensor como sucede para los casos de lesión de derechos fundamentales. Se trataría así más bien de un obstáculo al ejercicio de un derecho, y no una vulneración del derecho en sí, en cuyo caso sí cabría aplicar el reproche de esta suerte de “daños punitivos”. Cfr. E. López Terrada, “La controvertida indemnización...”, op. cit., pp. 32-37.

²⁸⁰ Vid. Nota al pie 221 del presente TFG (p. 41).

²⁸¹ “Any ceiling on compensation that *may* preclude damages from being commensurate with the loss suffered and sufficiently dissuasive are proscribed [...]”. Cfr. M. Schmitt, “Article 24. The right to...”, p. 206. La cursiva es mía.

²⁸² “[...] The victim must be able to seek compensation for non-pecuniary damage through other legal avenues [...]” Cfr. Conclusiones 2012, Eslovenia, entre otras.

por despido no puede acudir a las previsiones del Código Civil. En efecto, la especialidad del Derecho del Trabajo frente al Derecho Civil supone que este opera únicamente cuando así lo disponga la norma laboral o bien cuando exista un vacío normativo²⁸³. Por tanto, y habida cuenta de que anteriormente mencionamos que la indemnización por despido venía a constituir una indemnización de daños y perjuicios, hemos de entender que esta es sustituida por aquella²⁸⁴ y no cabe ejercitar ambas simultáneamente en tanto que persiguen un mismo objetivo²⁸⁵.

2.1.1. La indemnización adicional y disuasoria en el ordenamiento laboral español

En vista del posible incumplimiento por la normativa laboral de la CSEr en lo relativo a la indemnización por despido improcedente, los órganos jurisdiccionales de lo social han reaccionado (y se prevé que continúen haciéndolo) concediendo, mediante el control de convencionalidad respecto del artículo 24 CSEr, la indemnización acorde con él. Sin embargo, la duda respecto de si esta aplicación jurisdiccional es posible obliga a realizar un apunte relativo a la aplicación del artículo 24 CSEr, pero ahora por la vía del legislador.

A) La jurisprudencia española y el control de convencionalidad del artículo 24 CSEr

La crítica a la indemnización tasada del artículo 56 ET fue ya efectuada en relación con el C158 OIT, declarándose la constitucionalidad de esta habida cuenta de la facultad del legislador, conforme al artículo 35.2 CE, de configurar el ordenamiento laboral²⁸⁶. Sin embargo, aún cabría efectuar un control de convencionalidad al respecto²⁸⁷.

La andadura del artículo 24 CSEr en los tribunales españoles da comienzo con la polémica Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid nº34 de 21 de febrero de 2020²⁸⁸ que, aplicando el C158 OIT a través de las resoluciones del CEDS, dicta la improcedencia de un despido y la readmisión de un trabajador despedido por una causa insuficientemente probada. A ello añade, además, el pago de los salarios de tramitación y una indemnización “penitenciaria o disuasoria”²⁸⁹. Pero lo inquietante de la sentencia no es solo el hecho de

²⁸³ L. Mella Méndez, “La responsabilidad civil por daños...”, op. cit., p. 163.

²⁸⁴ Cfr. J.A. Buendía Jiménez, “La indemnización tasada y las consecuencias...”, op. cit. p. 112.

²⁸⁵ A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, op. cit. pp. 132-133.

²⁸⁶ Cfr. Auto núm. 43/2014 de 12 febrero. RTC 2014\43 AUTO, FJ 5.b). Cfr. L.M. Gómez Garrido, “A vueltas con la cuantificación de la indemnización por despido. Lo que los jueces pueden y no pueden hacer”. *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3, julio 2021, pp. 221-223.

²⁸⁷ Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit., p. 25.

²⁸⁸ Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid Sentencia núm. 71/2020 de 21 febrero. AS\2020\2366.

²⁸⁹ *Ibid.*, Fallo.

que la solución adoptada excluya completamente la normativa laboral vigente, sino que tampoco tiene en cuenta, de manera rigurosa, el régimen de la CSEr, pues ni siquiera nos encontramos ante un despido sin causa, sino meramente insuficientemente probado²⁹⁰. Es más, del control de convencionalidad deriva, no la inaplicación de la norma nacional, sino su invalidez, considerando la operatividad del principio de jerarquía y desoyendo lo declarado por el TC en la STC 140/2018²⁹¹. Esta sentencia será criticada por la doctrina²⁹², pues “confunde Derecho con voluntad propia”²⁹³ y, sin embargo, su ponente continuará dictando sentencias en el mismo sentido. Todas ellas, sin embargo, correrán la misma suerte y serán revocadas por la instancia superior²⁹⁴.

En un sentido similar se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020²⁹⁵ que, en la línea de la sentencia anterior, aplica el C158 OIT teniendo en cuenta las decisiones del CEDS. Sin embargo, esta sentencia resultará más plausible para la doctrina, pues realiza una interpretación “integradora” frente a la “abrogatoria” de la anterior²⁹⁶. Es decir, no considera la nulidad del artículo 56 ET, sino que únicamente desplaza su aplicación, dictando una indemnización “verdaderamente disuasoria”²⁹⁷ en base al C158 OIT (si bien el empresario mantiene la posibilidad de optar por la readmisión). Cabe pensar que el carácter integrador de esta

²⁹⁰ Esta será una de las críticas realizadas por la sentencia de suplicación (Cfr. FJ 10,11 STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 373/2021 de 23 abril. JUR\2021\20639), que, además, afirmará la comisión de una infracción jurídica en la sentencia de instancia (Cfr. FJ7, id.).

²⁹¹ Concluye la sentencia indicando en el FJ8: “Forzoso nos parece concluir la nulidad de la normativa reguladora del despido improcedente en nuestro ordenamiento (art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y concordantes) en tanto en cuanto a esa calificación deben remitirse todos los despidos injustos, ilegales, ilegítimos, abusivos o sin válida motivación, para los que nuestra legislación no reserva la calificación de procedentes y nulos”.

²⁹² Cfr. C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto...”, op.cit. pp.189-192; C. Molina Navarrete, “La indemnización disuasoria...”, pp. 201-204; J.L Gil y Gil, “La aplicación por el juez...”, op. cit., pp. 42-43.

²⁹³ C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto...”, op.cit. p. 192.

²⁹⁴ Es el caso de la SJS núm. 34 de Madrid. Sentencia de 24 febrero 2020. JUR 2021\122884, revocada por la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 968/2020 de 3 noviembre. AS\2021\511; o la SJSO 6586/2020, ECLI:ES:JSO:2020:6586, revocada por la STSJ de Madrid, (Sala de lo Social, Sección 5ª) Sentencia núm. 968/2020 de 3 noviembre AS\2021\511, entre otras.

²⁹⁵ SJS de Barcelona núm. 26 (Comunidad Autónoma de Cataluña) Sentencia núm. 170/2020 de 31 julio AS\2020\2054.

²⁹⁶ Cfr. C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto...”, op. cit. pp.183-189; C. Molina Navarrete, “La indemnización disuasoria...”, op. cit., pp. 188-189.

²⁹⁷ Cfr. SJS de Barcelona núm. 26 (Comunidad Autónoma de Cataluña) Sentencia núm. 170/2020 de 31 julio AS\2020\2054, FJ3. Considera la sentencia que el carácter disuasivo *puede* no ser respetado en el caso de las indemnizaciones tasadas, pues se trata de una cuestión que depende de las circunstancias del caso y por supuesto, del tamaño de la empresa. Ahora bien, la indemnización fijada por el juez no se fundamenta en criterio objetivo alguno, lo cual es criticado por la doctrina. Cfr. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto...”, op. cit., pp.183-189; Cfr. J.L Gil y Gil, “La aplicación por el juez...”, op. cit., pp. 43-44.

sentencia favorece la posibilidad de continuación del control de convencionalidad, pues si bien es cierto que la sentencia de suplicación²⁹⁸ revocará la cantidad indemnizatoria dictada por esta, ello se debe a una mera cuestión procesal, a saber, la no inclusión y acreditación en la demanda de los daños y perjuicios sufridos. Afirma el tribunal la posibilidad de efectuar el control de convencionalidad dada la imperfección de la ley vigente, que “determina en la práctica que en nuestra realidad sea posible el desistimiento empresarial”²⁹⁹. No obstante, esto solo puede suceder en supuestos puntuales, en los cuales, a su juicio, han de concurrir dos requisitos:

“por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato”³⁰⁰

El problema se encuentra, sin embargo, en la cuantificación de la indemnización a declarar, para lo cual el tribunal considera válido acudir al artículo 281.2.b) LRJS³⁰¹, en tanto que amplía el límite de la indemnización dispuesta por el artículo 56.1 ET. En este sentido, la sentencia admitiría un incremento de la indemnización, siempre que los daños y perjuicios fuesen alegados y acreditados. Esto no sucede en el caso planteado, ni en la sentencia que la sigue, de 20 de mayo de 2021³⁰². En un sentido similar, la Sentencia de la misma Sala, de 14 de julio de 2021³⁰³, niega la excepcionalidad de la situación en tanto que únicamente cumple el segundo requisito, habida cuenta de que los daños alegados por la pérdida del puesto de trabajo ya estarían cubiertos por la indemnización legal tasada³⁰⁴.

²⁹⁸ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2273/2021 de 23 abril JUR\2021\159982.

²⁹⁹ Ibid., FJ 7.

³⁰⁰ Id.

³⁰¹ Se trata de una medida prevista para la ejecución de sentencias firmes en materia de despido que, según el tribunal, es “un precepto aplicable por analogía en los singulares supuestos analizados, al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior, por lo que *mutatis mutandis* dicho precepto podría resultar de aplicación en estos casos” (FJ 7). La ampliación del límite sería, concretamente, de hasta quince días de salario por año de servicio y un máximo de doce mensualidades.

³⁰² STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2757/2021 de 20 mayo. JUR\2021\293757.

³⁰³ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 3812/2021 de 14 julio JUR\2021\296325.

³⁰⁴ Ibid., FJ7. En este sentido, se mantiene en la línea de la STS de 21 de septiembre de 2009 (RJ 2009\6169), que señalaba que “el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente”. Cfr. L. Mella Méndez, “La responsabilidad civil por daños...”, op. cit., pp. 208-209.

Lo cierto es que, aunque la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³⁰⁵ pretende ofrecer más seguridad jurídica respecto del control de convencionalidad, la sensación de desasosiego permanece³⁰⁶ y muchas sentencias continuarán inclinándose hacia su rechazo en lo que a la indemnización por despido respecta, habida cuenta de la legalidad vigente que ya contempla una cuantificación que ofrece definitivamente mayor seguridad jurídica³⁰⁷.

Antes de finalizar este apartado conviene llamar la atención sobre una premisa importante, que parece pasada por alto por los órganos que efectúan el control de convencionalidad, cual es el análisis de las disposiciones a fin de determinar su eficacia directa. En el caso del artículo 24 CSEr, lo cierto es que surgen ciertas dudas al respecto, no solo por su redacción (“las Partes se comprometen a reconocer/garantizar”) o indeterminación de sus términos (“indemnización *adecuada*”, “reparación *apropiada*”)³⁰⁸ sino también por lo dispuesto en su Anexo. En este sentido, destaca especialmente el apartado 4³⁰⁹, que remite la fijación de la indemnización y la reparación apropiada a las leyes o reglamentos nacionales, los convenios colectivos o “cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales”. Y difícilmente puede entenderse que esta referencia se remita al papel de los tribunales en la aplicación de la CSEr, habida cuenta de su “función condicionada”, limitada a integrar las reglas nacionales incompletas o dudosas, pero no a sustituirlas por otras, especialmente cuando de un tratado o una disposición sin eficacia directa se trata³¹⁰. En efecto, para L.M. Gómez Garrido, todas estas pistas llevan a concluir que la CSEr sería más bien un “tratado-contrato” que únicamente establece obligaciones entre los Estados. De este modo, cobraría sentido la inseguridad que la aplicación del artículo 24 CSEr por los órganos jurisdiccionales genera, dadas las imprecisiones que en ella se observan y que quizás requieran más bien

³⁰⁵ Cabe señalar que la sentencia STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia de 1 marzo 2021 AS\2021\896 y STSJ de Navarra, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 206/2021 de 24 junio JUR\2021\255590, entre otras, se postulan también a favor de una indemnización adicional por vía del control de convencionalidad.

³⁰⁶ Cfr. J.L. Gil y Gil, “La aplicación por el juez...”, op. cit. p. 45.

³⁰⁷ Es el caso de la STSJ de Madrid, Sentencia num. 130/2021 de 1 marzo. JUR\2021\122726; STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 916/2021 de 1 junio JUR\2021\324775; STSJ de Asturias, (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia num. 2094/2021 de 19 octubre. JUR\2021\393636, entre otras.

³⁰⁸ Admite A. Seoane García, que estas nociones pueden constituir un concepto jurídico indeterminado, si bien no serán nunca un concepto vacío, pues se interpretan conforme a los perjuicios sufridos por el trabajador despedido injustificadamente en el caso en concreto. Cfr. A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit., pp. 11-12.

³⁰⁹ Anexo, artículo 24, apartado 4, CSEr.

³¹⁰ Cfr. L.M. Gómez Garrido, “A vueltas con la cuantificación...”, op. cit. pp.226-228.

de una modificación legislativa y no de una construcción inestable basada en disparidades judiciales.

B) El artículo 24 CSEr en la legislación española: vías de implementación y efectos

Considerando que el artículo 24 CSEr difícilmente resulta aplicable por los tribunales españoles y debiendo actuar conforme al tratado internacional recientemente ratificado, quizás convenga efectuar un apunte que guíe hacia la protección efectiva que este contempla. En este sentido, podemos estimar la existencia de dos vías posibles: de un lado, un cambio jurisprudencial y de cultura jurídica respecto de la admisibilidad del derecho civil de daños en el orden laboral y de otro lado, un cambio más profundo, de índole legislativa.

En lo que se refiere al primero, nos remitimos a lo señalado *supra*³¹¹ respecto de la jurisprudencia consolidada que afirma la imposibilidad de compatibilizar la indemnización legal tasada por despido junto con la derivada de daños y perjuicios, habida cuenta de que esta quedaría incluida en la primera. Un estudio sobre la evolución legislativa del ordenamiento laboral como el efectuado por I. Beltrán³¹² encuentra las bases de tal consideración, que más bien constituyen una confusión consolidada. *Grosso modo*, señala el autor que, la pretensión constante y evolutiva de los instrumentos normativos laborales³¹³ de facilitar el cumplimiento por equivalente (la indemnización) cuando la readmisión no resultaba posible, tiene como consecuencia la apreciación de estas medidas como derivadas de una dualidad de obligaciones y no como una única. Es decir, ante una resolución sin justa causa y, por tanto, un incumplimiento del negocio jurídico, el empresario ha de cumplir con la prestación *in natura*, esto es, la readmisión. Su imposibilidad determina su transformación en una prestación equivalente, la cual es la indemnización. Por tanto, no cabría afirmar que esta constituye una indemnización por

³¹¹ Vid. Apartado IV. 2.1 del presente TFG (pp. 46-52).

³¹² Vid. I. Beltrán de Heredia Ruiz, “¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios?” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.5, 2013, pp. 1-27 (edición electrónica Aranzadi. BIB 2013\1669).

³¹³ Se refiere, en esencia, a la Ley 19 de mayo 1908 de Tribunales Industriales y al Decreto 22 de julio 1928. En la primera, la transformación de la prestación específica (readmisión) a la prestación equivalente (indemnización) no tenía lugar hasta que no se constataba, en fase ejecutiva, que la primera no había tenido lugar. Con el Decreto de 1928, tal transformación opera ante la conducta pasiva del empresario, una vez pasadas 48 horas. Ello evolucionará hasta nuestro actual sistema en el que el empresario es titular de la opción entre ambas posibilidades. Cfr. I. Beltrán de Heredia Ruiz, “¿Indemnización por despido versus...”, *op. cit.*, pp. 16-23.

daños y perjuicios, pues esta última se encuentra al margen de la lógica que opera en la relación laboral³¹⁴.

Esta argumentación dotaría de sentido a nuestra normativa actual, tanto en lo que se refiere al hecho de que el empleado no ha de probar daño o perjuicio alguno como a la admisión de una indemnización adicional en los casos de lesión de derechos fundamentales³¹⁵. Abre así la puerta al derecho de daños en el ámbito laboral³¹⁶ que permitiría facilitar el cumplimiento de la CSEr.

La segunda vía se inserta en un cambio más profundo, pues requiere de un cambio legislativo que reordene la calificación judicial del despido, evitando la generalización de la improcedencia de manera indiscriminada y divorciando los actuales efectos diseñados para el despido sin causa para ligarlos a otros que contribuyan a disuadir tales actuaciones³¹⁷. En este sentido, se sostiene la necesaria calificación de nulidad de estos despidos, realizados con un “plus de arbitrariedad extintiva”³¹⁸, en el mismo sentido en que la jurisprudencia reconocía el despido radicalmente nulo³¹⁹. Con esta calificación se pretendería llegar a los efectos con los que actualmente cuenta nuestro ordenamiento respecto del despido vulnerando derechos fundamentales, a saber, una indemnización legal tasada complementada con otra proporcional a los daños y perjuicios³²⁰. De hecho,

³¹⁴ Establece la distinción entre ambas muy claramente el Voto Particular de STS de 11 de marzo de 2004, recogida por I. Beltrán de Heredia en la nota al pie núm. 15 en I. Beltrán de Heredia Ruiz, “Naturaleza Jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios. (Comentario a la STS -Sala 4ª- 17 de mayo de 2006, Rec. 4372/2004)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.722, 2007, pp. 5-6 (edición electrónica Aranzadi. BIB 2006\1857).

³¹⁵ En efecto, con la interpretación actual, el legislador estaría admitiendo precisamente aquello que rechaza para la indemnización adicional por despido injustificado: la existencia de dos indemnizaciones con el objetivo común de resarcir los daños y perjuicios al trabajador despedido. Cfr. I. Beltrán de Heredia Ruiz, “Naturaleza jurídica de la indemnización por despido improcedente...”, op. cit. pp. 5-6.

³¹⁶ Se trataría, como señala M.R. Martínez Barroso, de un sistema mixto, que mantendría una cantidad fija y tasada como la actual para todos los trabajadores despedidos improcedentemente y una variable, “pero tasada en función del período de servicios prestados en la empresa”. Cfr. M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op. cit. pp. 183-184.

³¹⁷ Cfr. entre otros, C. Molina Navarrete, “El despido con causa irreal...”, op. cit., 239-246; J.A Buendía, “La indemnización tasada y las consecuencias...”, op. cit., pp. 117-118, quien considera que deberían ampliarse las causas de nulidad.

³¹⁸ Cfr. C. Molina Navarrete, “El despido con causa irreal...”, op. cit., pp. 244-246.

³¹⁹ Cfr. Id.; Vid. Nota al pie 226 del presente TFG (p. 42). Para D. Toscani Giménez, (Cfr. “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario...”, op. cit., p. 116), el argumento jurisprudencial para desechar la figura del despido radicalmente nulo no tendría verdadero sustento, dado que tanto las causas de nulidad como las de improcedencia presentan en la ley una suerte de causas tasadas, luego no cabría promulgar la generalización de la calificación de improcedencia.

³²⁰ Cfr. M.R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad...”, op. cit. pp. 183-184, que sintetiza esta propuesta señalando que se trataría de “un sistema arbitrario judicial, de doble componente: una cantidad económica sustentada en la valoración real de los daños y perjuicios ocasionados por la empresa al trabajador, con un tope o cláusula mínima, pero sin topes máximos, [...]; y una cuantía

yendo un poco más lejos, para A. Baylos, “el despido sin causa [...] debe ser impugnado ante el órgano jurisdiccional social como vulnerador de derechos fundamentales”³²¹, habida cuenta de la imposibilidad de reacción por parte del trabajador ante un despido efectuado sin justa causa, como requiere el artículo 24 CE. Un razonamiento similar realiza D. Toscani, que liga el artículo 35 CE al resto de derechos fundamentales, en el sentido de que el derecho al trabajo habilita el ejercicio de estos³²².

Lo cierto es que la posibilidad de una reforma laboral en materia de despido, especialmente una que reordene la calificación judicial, se encuentra muy lejana, por cuanto, siguiendo a M.A. Malo, la actualmente vigente ha introducido una serie de incentivos a cada uno de los agentes económicos que difícilmente puede ser revertida³²³. De hecho, la última modificación laboral³²⁴, que pretendía derogar la reforma de 2012, no llega siquiera a intervenir en el despido individual. La “prueba de fuego” que la ratificación de la CSEr implicaba para A. Seoane no ha sido, por ahora, superada³²⁵.

2.2. El despido en Italia frente a la CSEr: proyección hacia el caso español

No podemos finalizar este trabajo sin mencionar el caso italiano, que no solo pone en valor la CSEr y el procedimiento de reclamaciones colectivas recientemente ratificados por España, sino que, dada la similitud entre ambos ordenamientos, apunta hacia una proyección de futuro de la normativa española acerca del despido, tanto en lo que se refiere a las resoluciones que el CEDS emitirá al respecto como a su propia subsistencia.

El reformismo económico impuesto al Derecho del Trabajo desde la recesión económica de 2008, que exige, esencialmente, su carácter instrumental para con la

económica variable pero tasada, calculada en función del periodo de tiempo de prestación de servicios del trabajador”.

³²¹ A. Baylos Grau, “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, pp. 27-30.

³²² Cfr. D. Toscani Giménez, “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario...”, op. cit. pp. 113-117.

³²³ Cfr. M. A. Malo Ocaña, “La evolución institucional del despido en España. Una interpretación en términos de un accidente histórico”, *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, Año XXXIII, núm. 1, 2005, pp. 109-113. Según el autor, “los agentes económicos no son pasivos ante la legislación, sino que la usan estratégicamente para alcanzar sus propios fines: la empresa para despedir cuando convenga a su actividad económica, el trabajador para cubrir las eventuales pérdidas de ingresos derivadas del despido y el Gobierno para minimizar los problemas de apoyo social que generan los aumentos de despidos y del paro durante la crisis” (Ibid. p. 112).

³²⁴ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

³²⁵ A. Seoane García, “La nulidad del art. 56...”, op. cit. p, 33 (nota al pie nº 14).

economía³²⁶, se materializa en Italia con la denominada “Jobs Act” del Gobierno Renzi³²⁷. Entre sus principales consecuencias, destaca la modificación del artículo 18 del Código de Trabajo, que establecía la readmisión para los casos de despido injustificado o sin causa y que ahora se sustituye por una indemnización con un límite mínimo y máximo, posteriormente ampliados por el Decreto Ley 87/2018 (“Decreto Dignidad”)³²⁸. Ante esto interviene la Corte Constitucional italiana, que en su Sentencia nº 194/2018³²⁹ declarará inconstitucional el mecanismo del cálculo de la indemnización, en tanto que se articula de manera automática y basada únicamente en la antigüedad del trabajador. Si bien la Corte delega en el legislador la tutela correspondiente al despido injustificado, se ve obligada a declarar la inconstitucionalidad del precepto habida cuenta de la vulneración que supone, tanto del principio de igualdad (pues la existencia de un único criterio supone la aplicación indiscriminada a todos los trabajadores por igual³³⁰) como del de razonabilidad (pues el lado empresarial se ve favorecido al no satisfacer los daños proporcionalmente). En el mismo sentido decae, por tanto, el efecto disuasorio.

En su sentencia, la Corte Constitucional italiana aplica el artículo 24 CSEr como parámetro de constitucionalidad, valiéndose para ello de las resoluciones del CEDS a las que atribuye cierta autoridad, pero no vinculatoriedad. Por ello, declara la inconstitucionalidad del mecanismo automático de cálculo de las indemnizaciones, pero no atiende al límite máximo de estas³³¹. Es por ello por lo que el CEDS se pronunciará, a raíz de la reclamación colectiva presentada por el sindicato “Confederazione Generale Italiana del Lavoro” (CGIL), declarando la vulneración por la legislación italiana del artículo 24 CSEr³³².

³²⁶ M.E. Casas Baamonde expone las diez orientaciones básicas seguidas por ese reformismo económico, entre las que cabe destacar la variación de la idiosincrasia del Derecho del Trabajo, ahora orientado más bien hacia las políticas económicas que hacia la protección de los derechos de los trabajadores, o la flexibilización del régimen de los despidos, que se inclina a favor del lado empresarial. Cfr. “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016, pp.180-189.

³²⁷ En el mismo sentido, en España se habrían promulgado las reformas del Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio y, destacando especialmente, la del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. Cfr. V.P. Lafuente Pastor, *El control judicial...*, op. cit. pp. 24-26.

³²⁸ El aumento se produce, de 4 a 6 meses respecto de la cuantía mínima y de 24 a 36 respecto de la máxima.

³²⁹ Accesible a través de: www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2018&numero=194

³³⁰ La Corte aporta una serie de criterios a tener en cuenta en la individualización de los supuestos que, a juicio de M.T. Carinci, habrían de considerarse vinculantes. Cfr. M.T. Carinci, “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, *Trabajo y Derecho*, núm. 60, 2019, pp.8-10 (edición electrónica smarteca).

³³¹ *Ibid.*, p. 13-15.

³³² *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No.158/2017. La Sentencia de la Corte Constitucional se produjo tras haberse presentado la reclamación, que se resuelve con posterioridad

En lo que a nosotros interesa en vistas a una decisión del CEDS respecto de España³³³, el Comité advierte que, en la legislación italiana, existe un sistema de tutelas diversificado, en función del tamaño de la empresa y del tipo de despido ilegal. En este sentido, criticará que, salvo en algunos casos determinados, como los discriminatorios³³⁴, existen restricciones en lo que a la facultad del juez para decidir la readmisión respecta, así como un límite máximo que impide un resarcimiento de los daños causados al trabajador. Esto último podría ser salvado, en caso de existir una vía alternativa para exigir tales daños. Sin embargo, al igual que sucede en España, esa vía civil permanece cerrada, salvo para determinados supuestos³³⁵.

El ligero avance producido por la Corte Constitucional italiana recibe ahora el impulso del CEDS por la vía del procedimiento de reclamaciones colectivas. El problema nuevamente radica en la discutida eficacia de sus decisiones que, como se manifiesta en el caso italiano, quedan sometidas a la voluntad estatal. Sin embargo, ello no les resta valor, sino que, al contrario, juegan un papel significativo en lo que se refiere a la recuperación de la autonomía del Derecho del Trabajo. Este, como señala Casas Baamonde, ha de desligarse de su sometimiento a los principios económicos en que se ha insertado en las últimas décadas, con el fin de revitalizar su eficacia y eficiencia en la contribución de un Estado social articulada en el marco de una actividad económica sostenible³³⁶.

V. CONCLUSIONES

La Carta Social Europea revisada fue firmada por España el 23 de octubre del 2000 y ratificada el 17 de mayo de 2021. Ha entrado en vigor el 1 de julio de 2021, en un momento especialmente necesitado de protección a raíz de la crisis derivada del COVID-19. Se une así al conjunto de normas internacionales que se encuentran en la base del ordenamiento laboral español y cuyo interés en la actualidad parece resurgir para hacer

a la declaración de inconstitucionalidad del precepto del Real Decreto 23/15. Esto es tenido en cuenta por el CEDS en el ordinal 85 y las consideraciones preliminares de la decisión.

³³³ Para un comentario respecto de la reclamación colectiva italiana, vid. G. Orlandini, “Tomando los derechos en serio: la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la regulación italiana del despido (CGIL contra Italia) (1)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020 (edición electrónica smarteca).

³³⁴ *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No.158/2017, ordinal 89.

³³⁵ El sindicato reclamante señala aquí que esto solo sucede en casos en los que los despidos son declarados nulos, como es el caso de España respecto de los despidos vulnerando derechos fundamentales (ibid., ordinal 98). El CEDS advierte además la inexistencia de casos en los que la vía civil haya resultado válida para reclamar los daños impedidos por el límite máximo en la indemnización (ibid., ordinal 99).

³³⁶ Cfr. M.E. Casas Baamonde, “La eficacia y la eficiencia...”, op. cit., pp. 199-203.

frente a las reformas laborales adoptadas en tiempos de austeridad, aún vigentes en el sistema español. A la ratificación le acompaña la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas, que se une al sistema de informes, controlando el cumplimiento de la CSEr a través de las resoluciones de su órgano, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

El contenido de la CSEr puede matizarse en dos sentidos distintos, tanto en lo que se refiere a la novedad como a la actualidad de la misma. En cuanto a la primera, lo previsto por la CSEr no resulta novedoso, ya que se encuentra en otros instrumentos internacionales (como, en el ámbito del despido, el Convenio 158 OIT). En cuanto a la segunda, el contenido de la CSEr data de 1996, aunque haya sido ratificado por España en 2021, por lo que quizás sería deseable una nueva revisión de la misma que atendiese a la realidad social actual, como es el aumento de los movimientos migratorios y de las empresas transfronterizas, así como la incidencia de los nuevos desarrollos del trabajo enmarcados en la digitalización y las nuevas tecnologías³³⁷.

El procedimiento de reclamaciones colectivas prevé otorgar un impulso nuevo a la CSEr, si bien la eficacia y el papel de sus resoluciones continúan siendo objeto de debate. A lograr esa eficacia asisten los tribunales, quienes recientemente vienen aplicando las normas internacionales en sus sentencias por la vía del control de convencionalidad. En este sentido, se advierte que la CSEr ha impulsado su uso por los órganos jurisdiccionales, si bien, en algunas ocasiones, desvirtuado. El control de convencionalidad resulta, en efecto, viable en nuestro ordenamiento, pues el propio Tribunal Constitucional así lo ha ratificado. Sin embargo, ello no supone que su aplicación haya de ser habitual ni desmesurada, sino al contrario, excepcional y justificada. De este modo, para un ejercicio adecuado del mismo, se requiere, por parte de los intérpretes del derecho, tanto un ejercicio de autocontención³³⁸ como una adecuada formación internacionalista³³⁹. Solo así mantendrá su sentido y rigor la función jurisdiccional del artículo 117 CE, que no puede dejarse llevar por el descontento ante la

³³⁷ Cfr. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo...* op. cit. pp. 57-58. El CEDS intenta, sin embargo, abordar los problemas actuales que la CSEr no contempla en su articulado. En este sentido, en 2016 el Comité preguntó a los Estados parte sobre la existencia de salvaguardas para evitar la conocida como “huida del Derecho del Trabajo” de aquellas empresas que actúan en el ámbito de los trabajadores de plataformas digitales o ‘gig economy’. Cfr. K. Lukas, *The Revised European Social Charter...*, op. cit., pp. 293.

³³⁸ Cfr. J.M. Goerlich Peset, “(Re)descubriendo el control...”, op.cit., p. 15.

³³⁹ Cfr. M.A. Garrido, “A vueltas con el control...”, op.cit., pp. 114-115.

imperfección del ordenamiento. En todo caso, ese papel corresponderá, en el marco de la CSEr, a los sindicatos que reclamen ante el CEDS.

El Trabajo de Fin de Grado se dedica, por un lado, al tratado internacional en sí, y por otro, a su eficacia. Se materializa en un examen de la institución del despido en España, cuyo valor social es innegable y cuya configuración actual no ha dejado de ser cuestionada. Se critica, en este sentido, su efectiva protección, tanto en lo que se refiere a su carácter causal como a los efectos que el despido injustificado tiene en nuestro ordenamiento. Cuestiones que, a la luz de la CSEr, han sido analizadas a lo largo de este trabajo. En este examen destaca la figura de la indemnización complementaria a la legal tasada, que algunos tribunales han comenzado a aplicar por vía del control de convencionalidad, pero que también podría ser integrada por vía legal, habida cuenta del uso desvirtuado que de este mecanismo se ha realizado por los tribunales.

El trabajo finaliza con una breve exposición sobre la situación en Italia, cuya reciente sentencia de la Corte Constitucional, dictada a la luz del artículo 24 CSEr, modifica su régimen sobre el despido, siendo después el mismo objeto de análisis por el CEDS en el proceso de reclamaciones colectivas de la CSEr.

La similitud del ordenamiento italiano con el español hace surgir la duda sobre si España seguirá este mismo camino, así como sobre si el control de convencionalidad que los tribunales realizan respecto del artículo 24 CSEr llevará a algo más que a una disparidad de criterios y una inseguridad jurídica generalizada. No puede olvidarse que estamos ante una institución clave en el Derecho del Trabajo en tanto que esencial en la vida y dignidad del individuo y, al mismo tiempo, de la actividad empresarial. Por tanto, su configuración requerirá siempre de una construcción consolidada y garante de la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- R. Aguilera Izquierdo, *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, 1997.
- J.F. Akandji-Kombé. “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”. *Revista de Derecho Político*, núm. 67, 2006, pp. 387-407.
- J.F. Akandji-Kombé, “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes”, en M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 269-296.
- C.L. Alfonso Mellado. “La aplicación en el ámbito interno de la Carta Social Europea y de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”. En C.L. Alfonso Mellado, L. Jimena Quesada, M.C. Salcedo Beltrán, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 238-261.
- R. Alonso García. “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 13-51.
- I. Alzaga Ruiz. “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”. *Trabajo y Derecho*, núm. 64, abril 2020, pp. 1-17 (edición electrónica La Ley digital).
- M. Aragón Reyes, “Artículo 1”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, pp. 29-110.
- A. Baylos Grau, “Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, pp. 11-30.
- J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pp. 349-377.
- J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas” en M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 231-247.

- I. Beltrán de Heredia Ruiz, “¿Indemnización por despido versus compensación por daños y perjuicios?” *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm.5, 2013, pp. 1-27 (edición electrónica Aranzadi. BIB 2013\1669).
- I. Beltrán de Heredia Ruiz, “Naturaleza Jurídica de la indemnización por despido improcedente y compatibilidad con la indemnización de daños y perjuicios. (Comentario a la STS -Sala 4ª- 17 de mayo de 2006, Rec. 4372/2004)”. *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.722, 2007, (edición electrónica Aranzadi. BIB 2006\1857).
- A. Blasco Pellicer, E. E. Taléns Visconti, *La forma y el procedimiento del despido*, Tirant lo blanch, Valencia, 2018.
- A. Blasco Pellicer, *La extinción del contrato de trabajo en la reforma laboral de 2012*. Tirant lo blanch, Valencia, 2013.
- R. Brillat. “La procédure de réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté”, accesible vía https://luttepauvrete.be/publications/10ansaccord/10ansaccord_01-2_Brillat_FR.pdf.
- J.A. Buendía Jiménez, “La indemnización tasada y las consecuencias de la declaración de improcedencia del despido. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de abril de 2021”, *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3, 2021, pp. 108-118.
- R. Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- R. Canosa Usera. “La protección de los derechos sociales en el ámbito del Consejo de Europa” (acceso vía <https://studylib.es/doc/7531376/la-proteccion-de-los-derechos-sociales-en-el-ambito-del-c>).
- M.T. Carinci. “El rediseño constitucional de la tutela contra el despido individual en Italia”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 60, 2019, pp.1-17 (edición electrónica smarteca).
- W. F. Carnota, “La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51-66.
- X.M. Carril Vázquez. “La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea.” *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 460, 2021, pp. 147-174.

- M.E. Casas Baamonde. “La eficacia y la eficiencia del Derecho del Trabajo: reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo”, *Revista de Administración Pública*, vol. 47, 2016, pp. 165-213.
- CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*, 2018 (<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law>).
- CEDS, *Digest of the case law of the European Committee of Social Rights. Appendix: relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, 2018 (<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/case-law>).
- I. Chablais, “El sistema de informes en la Carta Social Europea”, en M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 221-230.
- R. R. Churchill, U. Khaliq, “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?”, *EJIL*, vol. 15, núm. 3, 2004, pp. 417–45.
- M. R. Martínez Barroso, “Reflexiones a propósito de la causalidad, la forma y el coste económico del despido. La necesaria búsqueda de seguridad jurídica”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 444, 2020, pp. 157-189.
- J. Díez-Hochleitner. “Artículo 28. Eficacia”. En P. A. Sáenz de Santamaría; J. Díez-Hochleitner; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 509-530.
- J. Díez-Hochleitner. “Artículo 30.1. Ejecución” En P. A. Sáenz de Santamaría; J. Díez-Hochleitner; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 531-560.
- J. Díez-Hochleitner. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados”. En P. A. Sáenz de Santamaría; J. Díez-Hochleitner; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)*, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 575-589.
- E. Espín, “Lección 4. El sistema de fuentes en la Constitución (II)”. En: L. López Guerra, J. García Morillo, *Derecho constitucional. Volumen I, El ordenamiento constitucional. Derecho y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 85-102.

- M. Fondevila Marón. “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre.” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, núm. 2, 2019, pp. 439-458.
- I. García-Perrote, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española: a propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 15, 2016, pp. 1-13 (edición electrónica smarteca).
- M. A. Garrido Palacios. “A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español”, *LABOS, revista de Derecho del Trabajo Y Protección Social*, vol. 2, núm. 2, 2021, pp. 99-115.
- F. Gascón Inchausti, *Derecho Procesal Civil. Materiales para el estudio*, 2019 (acceso vía <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>).
- J.L. Gil y Gil. “La aplicación por el juez nacional de los instrumentos de la OIT”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 59, 2021, pp. 26-114.
- J.M. Goerlich Peset. “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”. *LABOS Revista De Derecho Del Trabajo Y Protección Social*, vol. 2, núm. 1, 2021, pp. 4-17.
- L.M. Gómez Garrido, “A vueltas con la cuantificación de la indemnización por despido. Lo que los jueces pueden y no pueden hacer”. *Revista de Derecho Laboral vLex*, núm. 3, julio 2021, pp. 219-228.
- X. González de Rivera i Serra. “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”. *Lex social*, vol.5, núm. 2, 2015, pp. 260-291.
- A. Godino Reyes, *El despido disciplinario*, Francis Lefebvre, Madrid, 2021.
- A. Guamán, “Los desencuentros entre el Tribunal Constitucional y las normas internacionales a propósito de la Ley 3/2012 (sobre el derecho al trabajo y las SSTC 119/2014 y 8/2015)”, *Revista de Derecho Social*, Bomarzo, núm. 70, pp. 155-178.
- L. Jimena Quesada, “La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de

COVID-19”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, 2021, pp. 33-72.

- L. Jimena Quesada. “Impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS”, *XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo. “In memoriam Profesor M.R. Alarcón”*, Barcelona, 17-18 marzo, 2016 (accesible vía <https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2016/06/JimenaQuesadaLuis.pdf>).
- L. Jimena Quesada. *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Aranzadi, Navarra, 2013.
- L. Jimena Quesada. “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales – 2012”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20/2º, 2012, pp. 361-384.
- L. Jimena Quesada, “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, pp. 31-58.
- L. Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 53, 2019 (acceso vía iustel.com).
- L. Jimena Quesada, “El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea”, *RJUAM*, núm. 29, 2014-I, pp. 171-189.
- L. Jimena Quesada. “Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: Reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall”, en AA.VV, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro en homenaje al Juez Josep Casadevall*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 119-133.
- L. Jimena Quesada, “La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional”. En Asociación de Constitucionalistas de España. Congreso (6º. 2008. Cádiz), *El poder judicial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, pp. 495-544.
- L. Jimena Quesada, “La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en M. Terol Becerra, L. Jimena Quesada, *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 249- 268.

- V. P. Lafuente Pastor, *El control judicial de los despidos*, Bomarzo, Albacete, 2021.
- E. López Terrada, “La controvertida indemnización por lesión de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras”. *Lex Social: revista de Derechos Sociales*, vol. 11, núm. 1, 2021, pp. 2-39
- K. Lukas, *The Revised European Social Charter. An article by article commentary*, Edward Elgar Publishing, 2021.
- M. A. Malo Ocaña, “La evolución institucional del despido en España: una interpretación en términos de un accidente histórico”, *Revista de Historia Económica - Journal of Iberian and Latin American Economic History*, Año XXXIII, núm. 1, 2005, pp. 83-116.
- A. Mangas Martín, “Cuestiones de Derecho Internacional Público”, *Revista de la Facultad de Derecho de la UCM*, núm. 61, 1980, p. 143-184.
- A. Martín Valverde, J. García Murcia, *Derecho del Trabajo*, 30ªed., Tecnos, Madrid.
- A. Martín Valverde, *Derecho del Trabajo y mercado de trabajo. Evolución y reforma del ordenamiento laboral (1976-2019)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2020.
- L. Mella Méndez, “La responsabilidad civil por daños en el contrato de trabajo”. En Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *La Responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales. XXIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ed. Cinca, Madrid, 2013, pp. 161-254.
- P. Menéndez Sebastián; I.A. Rodríguez Cardo, “Límites al despido por COVID: alcance y significado de la «prohibición de despedir» y la cláusula de salvaguarda”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 454, pp. 17-55.
- J.L. Monereo Pérez. “Derecho a protección en caso de despido. Artículo 24 de la Carta Social Europea”. En *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares, Granada, 2017, pp. 835-852.
- A. Montoya Melgar, *Derecho del trabajo*, 42ª ed., Tecnos, Madrid, 2021.
- A. Montoya Melgar. *Ideología y lenguaje en las leyes laborales de España (1873-1978)*. Ed. Civitas, Madrid, 1992.
- C. Molina Navarrete. “El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre.”
Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 455, 2021, pp. 230-246.

- C. Molina Navarrete, “Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT”. En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2021, pp. 145-196.
- C. Molina Navarrete. *Indemnizaciones disuasorias, nueva garantía de efectividad de la tutela social: entre retórica judicial y prácticas innovadoras*. Bomarzo, Albacete, 2019.
- C. Molina Navarrete, “La indemnización disuasoria por despido arbitrario, entre ortos (auroras) y ocasos (crepúsculos): ¿justicia resarcitoria o «justicia del cadí»?”. *Revista de Trabajo y de Seguridad Social. CEF*, núm. 451, pp. 185-208.
- M. Nogueira Guastavino, “Artículo 35”. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, p. 1185-1209.
- P. Nuevo López, “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp. 141-160.
- G. Orlandini, “Tomando los derechos en serio: la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la regulación italiana del despido (CGIL contra Italia) (1)”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 71, 2020, pp. 1-8 (edición electrónica smarteca).
- J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de derecho internacional y organizaciones internacionales*, Tecnos, Madrid, 2021.
- I.G. Perotti Pinciroli. “El control de convencionalidad en el derecho español: ¿una importación defectuosa?” *REEI*, núm. 41, junio, 2021.
- A. Remiro Brotóns, “Artículo 96”. En O. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo VII - Artículos 81 a 96 de la Constitución Española de 1978*, Ed. Edersa, 1998, pp. 623-646.
- E. Roales Paniagua, “Despido objetivo durante el estado de alarma por Covid 19: de nuevo sobre la nulidad o improcedencia de los despidos efectuados en fraude de ley”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 235 (edición electrónica vía Thomson Reuters Proview).

- I. A. Rodríguez Cardo, *El cálculo de la indemnización por extinción del contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- P. A. Sáenz de Santamaría, “Artículo 96”. En M. Rodríguez–Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II*. BOE, Madrid, 2018, p. 355-373.
- C. Sáez Lara, “Artículo 24.1. Tutela judicial efectiva y proceso de trabajo”, En M. Rodríguez–Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, pp. 748-760.
- A. Saiz Arnaiz, “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”. En M. Rodríguez–Piñero y Bravo Ferrer; M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. BOE, Madrid, 2018, pp. 230-254.
- T. Sala Franco; A. Esteve Segarra, “Capítulo XVII. La regulación de la extinción del contrato de trabajo”. En T. Sala Franco, *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 303-326.
- A. Salado Osuna. “El Protocolo de enmienda nº 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, pp. 943-966.
- C. Salcedo Beltrán. “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y derecho*, núm. 13, enero 2016, pp. 1-13 (edición electrónica La Ley digital).
- C. Salcedo Beltrán, “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y período de prueba del Contrato de Apoyo a Emprendedores: La aplicación del control de convencionalidad en España”. *Lex social*, vol. 4, núm. 2, 2014, pp. 29-56.
- C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?*”. En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 57-97.
- C. Salcedo Beltrán. “El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, pp. 73-127.
- J.M. San Cristóbal Villanueva. “La aplicabilidad 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: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 460, 2021, pp. 175-204.
- J. Sánchez Pérez, “La reparación del daño en la jurisdicción social”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019, (edición electrónica, acceso vía Thomson Reuters Proview).
 - M. Schmitt, “Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment”. En N. Bruun; K. Lörcher; I. Schömann; S. Clauwaert, *The European Social Charter and the employment relation*, Hart Publishing, Oregon, 2017, pp. 412-438.
 - A. Seoane García, “La nulidad del art. 56 del estatuto de los trabajadores”, *Jurisdicción social. Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, núm. 211, mayo 2020, pp. 6-33.
 - M. F. Suárez, “Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo”. *Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*, vol. 8, núm. 2, 2020, pp. 122-149.
 - D. Toscani Giménez, “Garantías del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 46, 2009, pp. 97-119.
 - F. Valdés Dal-Ré, “Control de convencionalidad y Carta Social Europea”. En C. Salcedo Beltrán, *La Carta Social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 341-353.
 - F. Valdés Dal-Ré, *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016.
 - M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general, delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson, Madrid, 2020.