

LA ACOMODACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO A LA CARTA SOCIAL EUROPEA TRAS LA DECISIÓN DEL CEDS

[*THE ALIGNMENT OF SEVERANCE PAY WITH THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER FOLLOWING THE ECSR DECISION*]

Iván Antonio Rodríguez Cardo

Fecha de recepción: 8 de julio de 2024
Fecha de aceptación: 22 de julio de 2024

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CEDS COMO ÓRGANO DE GARANTÍA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 3. LA INADECUACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN TASADA POR DESPIDO A LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA): LA DOCTRINA DEL CEDS. 4. SOBRE LA PRETENDIDA APLICABILIDAD DIRECTA DEL ART. 24 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 5. EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LAS CONCLUSIONES Y DECISIONES DEL CEDS. 6. VÍAS DE ACTUACIÓN TRAS LA DECLARACIÓN DE NO CONFORMIDAD CON LA CARTA. 7. CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN TOPE MÁXIMO. 8. CONCLUSIONES.

Contents: 1. INTRODUCTION. 2. THE ECSR AS THE MONITORING BODY OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER. 3. THE INADEQUACY OF THE SPANISH SEVERANCE PAY FOR UNLAWFUL DISMISSAL UNDER THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER: THE ECSR'S DOCTRINE. 4. THE DIRECT APPLICABILITY OF ARTICLE 24 OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER. 5. THE NON-BINDING NATURE OF THE ECSR'S CONCLUSIONS AND DECISIONS. 6. COURSES OF ACTION FOLLOWING A DECLARATION OF NON-COMPLIANCE WITH THE CHARTER. 7. CRITERIA FOR A NEW SEVERANCE PAY FOR UNLAWFUL DISMISSAL WITHOUT A CEILING. 8. CONCLUSIONS.

Resumen: La declaración de no conformidad con la Carta Social Europea de la regulación legal de la indemnización de despido por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales ha abierto un debate sobre la oportunidad y necesidad de modificar esa institución, así como sobre los rasgos de esa eventual reforma. El presente estudio tiene como propósito, en primer lugar, analizar el carácter vinculante y la aplicabilidad directa, por un lado, del art. 24 de la Carta Social Europea y, por otro, de la doctrina de su órgano técnico de control, el Comité Europeo de Derechos Sociales. Y, en segundo lugar, valorar las opciones a disposición del legislador para reformar el despido en orden a respetar los compromisos internacionales adquiridos.

Abstract: The ECSR has concluded that the Spanish legal regulation of severance pay for unlawful dismissal is not in conformity with the European Social Charter (revised). This statement has sparked a debate on the need to reform this institution and the specific features of such a reform. The purpose of this study is twofold: firstly, to analyse the binding nature and direct applicability of Article 24 of the European Social Charter and the doctrine of its technical monitoring body, the European Committee of Social Rights; and secondly, to assess the options available to the legislator to reform the rules on dismissal in order to meet the international commitments undertaken.

Palabras clave: Despido, Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales, indemnización, despido improcedente

Keywords: Dismissal, European Social Charter, European Committee of Social Rights, severance pay, unfair dismissal

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Elementales reglas de jerarquía y primacía normativa exigen respetar los compromisos asumidos por España, lo que conlleva aplicar los tratados internacionales con preferencia sobre las normas infraconstitucionales internas. No ha habido particular controversia sobre ese asunto, por más que en ocasiones se puedan haber suscitado dudas cuando la colisión afecta directamente a la Constitución, o cuando las obligaciones derivadas de la norma internacional no han sido totalmente precisadas o pueda cuestionarse su naturaleza vinculante o su aplicabilidad directa.

En ese escenario tradicional ha irrumpido el denominado control de convencionalidad difuso, que, partiendo de la preferencia aplicativa de la norma internacional, está permitiendo cuestionar determinadas estructuras jurídico-laborales, por cuanto la norma internacional se aplica de forma directa desplazando la regulación interna que se estima que la vulnera. Esa es una operación no exenta de complicación, porque requiere una valoración precisa sobre el contenido de una norma elaborada en otro contexto y siguiendo un procedimiento que, para lograr consensos, suele conducir a formulaciones genéricas y con abundancia de conceptos jurídicos indeterminados. Es este un terreno proclive a la polarización, a debates que mezclan argumentaciones propiamente jurídicas con deseos o aspiraciones de corte ideológico y político, y donde la doctrina científica y los tribunales muestran profundas desavenencias.

No es extraño, por tanto, que en ocasiones se aspire, y se busque explícitamente, un apoyo institucional para confirmar o rebatir determinadas posiciones. Así sucede, en particular, en los ámbitos donde se han constituido órganos (judiciales, cuasi-judiciales o de asesoramiento-consulta) con el fin de proporcionar una interpretación auténtica de la norma internacional. Con todo, no siempre está claro si los criterios de tales órganos son vinculantes, ni tampoco se han articulado, por lo general, procedimientos para la ejecución de esas decisiones, de modo que se generan legítimas dudas sobre el destinatario del reproche, porque podría (debería) ser atendido por el legislador, pero también cabe defender que los tribunales, como poder del Estado, deben ajustar su doctrina a las conclusiones proporcionadas por el correspondiente órgano; o, por el

contrario, que se trata de orientaciones no vinculantes que pretenden impulsar un cambio, pero sin consecuencias jurídicas directas.

La ratificación por parte de España, en 2021, de la Carta Social Europea (revisada) de 1996 constituye, desde luego, un ejemplo palmario, porque recoge algún derecho distinto de la Carta original de 1961 y porque su órgano de interpretación, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), ha apostado por unos estándares de protección que a menudo exceden de los que se deducirían de una interpretación literal. No es extraño, así pues, que el CEDS haya concluido que la regulación legal de la indemnización por despido improcedente en la legislación española, y en algunas otras del entorno cercano, no se ajusta a la Carta Social Europea, toda vez que el cálculo se efectúa a partir de dos parámetros principales, el salario y la antigüedad, pero no toma en consideración el concreto daño que pueda haber sufrido el trabajador y establece un límite al importe total.

Esa decisión ha generado un debate tanto en el plano político como en el más puramente jurídico, y se apuntan alternativas muy distintas, que pasan por la simple ignorancia de unas conclusiones que se consideran no vinculantes, o cuando menos no susceptibles de ejecución, a la reforma de la regulación del despido, pasando por la intervención más activa, o activista, de los órganos jurisdiccionales, a los que se considera habilitados para fijar indemnizaciones distintas a la legal en aplicación directa de la Carta Social Europea gracias al ya aludido control de convencionalidad. La reforma legal, qué duda cabe, es la opción preferible, por elementales razones de seguridad jurídica y de operatividad práctica, aunque esa reforma debería ser abordada con suma cautela, porque caben varias opciones distintas, y algunas de ellas probablemente encierran riesgos para el adecuado funcionamiento del mercado de trabajo.

2. EL CEDS COMO ÓRGANO DE GARANTÍA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La CSE pretendía en su origen convertirse en un instrumento hermano o mimético del CEDH, si bien centrado en los derechos sociales, cuya protección es más compleja que la de los derechos humanos porque, en esencia, resulta más costosa, al no configurarse como libertades o derechos individuales y requerir de una notable infraestructura y/o dotación

económica. Precisamente por ello, la protección de los derechos sociales no sólo depende de su reconocimiento, sino que debe tenerse en cuenta un imprescindible componente de viabilidad, al menos si se pretende que esta clase de derechos desplieguen verdadera eficacia práctica.

De ahí que los derechos sociales hayan sido incorporados a los catálogos de derechos en un momento ulterior al de los derechos humanos/fundamentales, y sus instrumentos de garantía no hayan resultado tan eficaces, porque a menudo se entremezclan facetas distintas, el plano jurídico se confunde con el ideológico o político, y se trata de convertir en derecho el mero deseo, aspiración o interés. Estas dificultades llevaron al Consejo de Europa a adoptar una posición menos ambiciosa con los derechos sociales que con los derechos humanos, lo que se plasmó en un mecanismo de control sin rasgos jurisdiccionales y de caracteres más consultivos o de dictamen, el CEDS, que sin duda presenta claras reminiscencias con los órganos de garantía constituidos en el marco de la OIT, como el Comité de Libertad Sindical o la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR), o de Naciones Unidas (*v.gr.*, el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial o el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros).

El CEDS ha emitido tradicionalmente su parecer a través de conclusiones, elaboradas a partir de informes periódicos que los Estados deben enviar al Consejo de Europa (art. 21 de la Carta), y que después deben ser examinados por un «Comité de Expertos» -inicialmente compuesto por siete miembros y en la actualidad por quince- nombrados para mandatos de seis años renovables (art. 25 de la Carta). Ese Comité de Expertos, que a partir de 1998 pasó a denominarse Comité Europeo de Derechos Sociales, debía elaborar unas conclusiones que, junto con los informes, constituían la documentación básica de la que se servía el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa para emitir unas conclusiones que posteriormente elevaba al Comité de Ministros (art. 27 de la Carta)¹. Tras un trámite previsto para que la Asamblea Consultiva participase en el procedimiento (trámite suprimido con el Protocolo de 1991), el Comité de Ministros es el competente para realizar las recomendaciones oportunas –colectivas o individualizadas- a la vista de

¹ El procedimiento ante el CEDS se desarrolla en su Reglamento, disponible en <https://rm.coe.int/rules-of-the-european-committee-of-social-rights-rev-2-bil/1680788a3d>.

toda esa documentación (art. 29), teniendo asimismo presente que durante todo este *iter* se contemplan también posibilidades de intervención para la OIT y las organizaciones sindicales y patronales de carácter internacional.

Este sistema de informes se ha mantenido hasta la fecha, si bien a partir de 2007 sufrió profundas modificaciones, y es parcialmente diferente para los Estados que han asumido el procedimiento de reclamaciones colectivas establecido en el Protocolo de 1995². En su configuración actual, los Estados deben presentar un informe anual, y ya no cada dos años, pero no sobre todos los derechos reconocidos en la Carta, sino por bloques temáticos (empleo, formación e igualdad; salud, Seguridad Social y protección social; derechos relacionados con el trabajo; niños, familias y migrantes). De este modo, los Estados deben entregar un informe cada año, pero sólo sobre una de esas cuatro materias, lo que implica que las conclusiones sobre cada bloque se emiten cada cuatro años, y ya no cada dos, como antes sucedía, dilatando en el tiempo las posibles respuestas, o reduciendo la utilidad del examen de la situación si ya se ha producido una reforma legal o jurisprudencial. El procedimiento de control a través de informes no contempla, así pues, sanciones económicas ni exigencias de modificación legal inmediata a resultados de los incumplimientos detectados – frecuentemente respecto de España³–, lo que desde luego perjudica la efectividad de la Carta, porque el cumplimiento depende, en buena medida, de la «libre decisión del Estado»⁴.

² Vid. GARCÍA MURCIA, J., y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *El Consejo de Europa y los derechos sociales: instrumentos normativos, jurisprudencia del TEDH y doctrina del CEDS*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; BONET PÉREZ, J., y BONDÍA GARCÍA, D., “La Carta Social Europea”, en GÓMEZ ISA, F. (dir.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, pp. 458 y ss.; JIMENA QUESADA, L., “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *RMESS*, nº 137, 2018, pp. 27-28; CHABLAIS, I., “El sistema de informes en la Carta Social Europea”, en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221 y ss.

³ Vid. CARRIL VÁZQUEZ, X. M., “La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea”, *RTSS (CEF)*, nº 460, 2021, pp. 154 y ss.

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 1, 1978, pág. 75.

Por su parte, el procedimiento de reclamaciones colectivas pretende aproximarse en mayor medida a la naturaleza jurisdiccional⁵, ya que se inicia a partir de una queja de un sujeto interesado, concluye con una «decisión», e incluso se prevé la adopción de «medidas inmediatas» o cautelares para evitar daños. Ahora bien, este procedimiento finaliza con una resolución del Comité de Ministros sobre la conformidad o no de la situación impugnada con la Carta, y en su caso con una recomendación de medidas a adoptar, debiendo el Estado informar sobre el cumplimiento en el año siguiente⁶. Aunque no se han articulado vías de ejecución⁷, los Estados suelen cumplir las recomendaciones del Comité de Ministros relativas a estos procedimientos de reclamación colectiva⁸. Conviene destacar que esa recomendación no contempla una imputación de responsabilidades, ni por el incumplimiento previo ni por la falta de adopción de medidas correctoras, ni tampoco una reparación a los posibles perjudicados, rasgos todos ellos que lo alejan del ejercicio de la jurisdicción en sentido estricto, porque aunque la actuación del Estado pudiera ser «juzgada», desde luego el CEDS no tiene posibilidad de «hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE). Y tampoco puede olvidarse que en último término las “recomendaciones” a los Estados son competencia del Comité de Ministros, lo que, unido a la participación en el procedimiento del Comité Intergubernamental, dan lugar a una cierta politización del mecanismo de control, que perjudica su independencia⁹.

En suma, los instrumentos de aplicabilidad o exigibilidad de la Carta no son equiparables a los que se contemplan en el CEDH, y por ello

⁵ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 90-91; BELORGEY, J.M., “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas”, en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 221 y ss.

⁶ Vid. arts. 9 y 10 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995.

⁷ Vid. SALCEDO BELTRÁN, C., *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales*, Colección Actualidad (Centro de Estudios Andaluces), nº 73, 2015, pp. 11 y ss.; GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *RMESS*, nº 137, 2018, pp. 48 y ss.

⁸ Vid. BELORGEY, J.M., “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, UNED, nº 70, 2007, pág. 358.

⁹ Vid. KHALIQ, U., y CHURCHILL, R., “The European Committee of Social Rights. Putting flesh on the bare bones of the European Social Charter”, en LANGFORD, M., *Social rights jurisprudence*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pág. 431.

desde hace años han surgido iniciativas para equiparar esos textos no sólo en relación con su valor formal o simbólico, sino en lo que se ha dado en llamar «justiciabilidad», esto es, la posibilidad de invocar los derechos de la CSE ante un órgano jurisdiccional cuyas decisiones cuenten con efectos vinculantes¹⁰. La vía más directa para conseguir ese resultado, seguramente, pasaría por atribuir al TEDH la competencia para conocer de los derechos reconocidos en la Carta, incluso mediante la creación de una “sala social” que se ocupe de dichos asuntos, pero también sería posible, obviamente, conceder al CEDS una mayor capacidad de decisión, convirtiéndose en un verdadero tribunal¹¹. En tanto ello no suceda, ni el CEDS es un tribunal, ni sus conclusiones o decisiones sentencias en sentido estricto, ni por supuesto jurisprudencia.

3. LA INADECUACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN TASADA POR DESPIDO A LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA): LA DOCTRINA DEL CEDS

La primera versión de la CSE, de 1961, no contenía precisión alguna sobre la indemnización por despido. Sin embargo, la Carta Social Europea (revisada) de 1996 no sólo reconoce el derecho a la «protección contra el despido» (art. 20), sino que dedica un precepto concreto a ese derecho, el art. 24, en el que, por un lado, exige la causalidad del despido y vías efectivas para la impugnación de la decisión empresarial, y, por otro, consagra «el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada». No es, desde luego, una previsión novedosa, sino muy influenciada por el art. 10 del Convenio nº 158 de la OIT, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, en el que ya que se precisaba que la terminación de la relación de trabajo injustificada, sino tenía lugar la readmisión, debía conllevar el «pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada»¹².

¹⁰ Vid. NOGUERA FERNÁNDEZ, A., “Hacia una reforma de la Carta Social Europea: propuestas para seguir avanzando en la justiciabilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 26, 2016, pp. 112 y ss.

¹¹ Vid. AKANDJI-KOMBE, J.F., “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”, *Revista de Derecho Político*, nº 67, 2006, pp. 387 y ss.

¹² La Recomendación nº 166, de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, no añadía ningún elemento cualitativo a esta configuración.

La legislación española, *prima facie*, y a partir de los criterios clásicos de exégesis jurídica, parece respetuosa con esa configuración, por cuanto el despido «injustificado» es susceptible de impugnación ante la jurisdicción social y puede conducir a la nulidad y a la improcedencia. La nulidad supone readmisión, mientras que la improcedencia genera un derecho de opción, habitualmente para el empresario, entre la readmisión y una indemnización calculada en atención al salario y a la antigüedad. Sin embargo, es evidente que conceptos jurídicos indeterminados como «indemnización adecuada» o «reparación apropiada» pueden dar lugar a interpretaciones muy diferentes.

La OIT, a través de la CEACR, ha optado por la prudencia cuando ha debido abordar el alcance del Convenio n° 158, advirtiendo que «el Convenio permite que cada Estado Miembro determine los requisitos específicos y necesarios para dar efecto a sus disposiciones, ajustándose a las características del respectivo mercado de trabajo»¹³, y por ello no ha cuestionado el modo de cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente a nivel interno. Probablemente no tendría demasiado sentido extremar el rigor sobre ese concreto aspecto, teniendo en cuenta el espectro potencial de aplicación de las normas de la OIT, que pueden alcanzar a países con un estándar de protección laboral muy inferior al español, de modo que fijar requisitos demasiado elevados generaría notables reticencias a la ratificación del Convenio. De ahí que se advierta que el «Convenio muestra una clara toma de conciencia en cuanto a que hace falta alcanzar un equilibrio entre la protección de los trabajadores ante el despido injustificado y la necesidad de garantizar la flexibilidad del mercado de trabajo»¹⁴, sin perjuicio de que se matice que la readmisión, con abono de los pertinentes salarios de tramitación, ha de ser la vía preferente para conseguir una reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador en caso de que el despido vulnere un derecho fundamental¹⁵. No obstante, y en relación con Francia, la CEACR se ha apoyado en los incumplimientos apreciados por el CEDS para solicitar información adicional al Estado francés en relación, precisamente, con la indemnización por despido,

¹³ Cfr. Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo de 2009, pág. 30.

¹⁴ Cfr. Nota sobre el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo de 2009, pág. 5.

¹⁵ Vid. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Estudio general. Protección contra el despido injustificado*, Ginebra, 1995, pp. 91 y 96.

aunque sin ninguna consecuencia adicional¹⁶. Ahora bien, la propia OIT, en el marco del procedimiento de reclamaciones análogo al que se ha instaurado para la Carta Social Europea, ha advertido que la indemnización por despido tasada únicamente es conforme al art. 10 del Convenio n° 158 cuando se «garantice una protección suficiente a las personas injustamente despedidas» y «se abone, en todos los casos, una indemnización adecuada»¹⁷.

Por su parte, el CEDS se ha mostrado mucho más ambicioso al precisar qué debe entenderse por «adecuado» o «apropiado» en este contexto de la reparación ante el despido injustificado. Hace más de dos décadas, en las Conclusiones de 2003 sobre Bulgaria, el CEDS afirmó que una indemnización compensatoria por despido injustificado con un tope de seis meses de salario era incompatible con el art. 24 de la CSE revisada, aunque no ofreció una argumentación detallada como sustento¹⁸. El CEDS se decantaba ya desde esos primeros momentos por sistemas que se apoyaban en la indemnización por daños¹⁹, sin perjuicio de que en alguna ocasión, y como excepción (valorando el «sistema de compensación en su conjunto»), aceptara modelos basados en indemnizaciones calculadas a partir de la antigüedad y el salario²⁰.

En retrospectiva, las conclusiones de 2008 supusieron un punto de inflexión, porque desde ese momento el CEDS comenzó a preguntar directamente a los Estados por el carácter tasado de la indemnización, retrasando su valoración final sobre la conformidad de la legislación

¹⁶ Vid. Observación (CEACR) relativa a Francia sobre el Convenio n° 158, adopción 2022, publicación en la 111ª reunión CIT (2023).

¹⁷ Vid. apartado 80 del Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Francia del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158), publicado aquí https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_839615.pdf.

¹⁸ Disponible en <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2003/def/BGR/24//FR>. La misma declaración de no conformidad se repetiría en 2007 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2007/def/BGR/24//EN>), 2008 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/BGR/24//EN>) y 2012 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/BGR/24//EN>).

¹⁹ Como sucedía con Noruega y se ponía de manifiesto en las Conclusiones de 2005, accesibles aquí <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2005/def/NOR/24//EN>.

²⁰ Por ejemplo Lituania; vid. Conclusiones de 2005, accesibles en <https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2005/def/LTU/24//EN>.

nacional con el art. 24 hasta disponer de esa información²¹. Esa pregunta directa mostraba un cambio de tendencia, y no sólo implícito, pues en las conclusiones de 2008 el Comité clarificó las premisas básicas para determinar si la compensación o reparación se considera adecuada. En concreto, esa reparación ha de incluir los salarios de tramitación²², el sistema debe contemplar la readmisión –aunque no sea obligatoria²³– y la eventual indemnización debe configurarse de tal modo que, por un lado, genere un efecto disuasorio para que el empleador no despidiera injustificadamente en el futuro y, por otro, el importe sea proporcional al daño real sufrido por el trabajador despedido²⁴.

Esos son los criterios que se han mantenido en el tiempo, lo que supone, por ejemplo, que se haya declarado la compatibilidad con la Carta de los sistemas que apuestan por la readmisión, siempre que reconozcan el

²¹ A modo de ejemplo, así sucedió con Malta (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/MLT/24//FR>), Rumanía (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/ROU/24//FR>), Portugal (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/PRT/24//FR>), Armenia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/ARM/24//EN>), Eslovenia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/SVN/24//EN>), Rumanía (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/ROU/24//EN>) o Países Bajos (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/NLD/24//FR>), entre otros.

²² No ha sido tan contundente en este punto la OIT, que a través de la CEACR se ha limitado hasta el momento a solicitar «informaciones sobre la naturaleza de las reparaciones concedidas incluyendo ejemplos de decisiones judiciales que concluyeron que la terminación de la relación de trabajo fue injustificada»; cfr. Observaciones (CEACR) de 2014, 2015 y 2016 sobre el Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158).

²³ En el ámbito de la OIT, la CEACR, en su Estudio General sobre la protección contra el despido injustificado de 1995, advertía en el apartado 232 que la «reparación en caso de terminación que menoscabe un derecho fundamental debería tener como objetivo la reparación íntegra del perjuicio sufrido por el trabajador, tanto desde el punto de vista financiero como profesional, y la mejor solución es generalmente la readmisión del trabajador en sus funciones con una indemnización retroactiva y con el mantenimiento de sus derechos adquiridos». El CEDS parece haber acogido esa doctrina, pero extendiendo su impacto a todos los despidos injustificados, con independencia de si se han vulnerado o no derechos fundamentales; vid. BAUTISTA SERRANO, J.B., “La protección frente al despido injustificado como derecho humano en la Carta Social Europea y su influencia en España”, *Diario la Ley*, nº 10519, Sección Tribuna, 5 de Junio de 2024, pág. 13.

²⁴ Así se afirma en las Conclusiones de 2008 sobre Finlandia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/FIN/24//EN>), Albania (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/ALB/24//EN>) y Chipre (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/CYP/24//EN>).

derecho a los salarios de tramitación²⁵, a la vez que se consideran no apropiados aquellos que no contemplan la readmisión²⁶ y cualesquiera otros sistemas que fijan un límite de indemnización²⁷, amén de que se continúe preguntando a los Estados que no han proporcionado la información pertinente. A mayor abundamiento, el Comité afirma, en las Conclusiones de 2012, que «se prohíben los topes de indemnización que puedan impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios», de modo que «si existiera un tope de indemnización por daño patrimonial, la víctima deberá poder reclamar una compensación por daño moral a través de otras vías legales (por ejemplo, la legislación antidiscriminatoria)»²⁸.

Esta última precisión adquirió protagonismo a partir de las Conclusiones de 2016, en las que se preguntaba a los Estados directamente sobre la posibilidad de solicitar una reparación adicional por vías distintas a la legislación laboral en caso de indemnización tasada²⁹, si bien se entra a valorar, y cuestionar, la facilidad y operatividad de esas otras vías más orientadas al daño moral, en particular la responsabilidad civil³⁰. Y es una línea que se consolidó en las conclusiones de 2020³¹, en las que, por cierto,

²⁵ Como se puso de manifiesto en las Conclusiones de 2012 relativas a Ucrania (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2008/def/ROU/24/EN>).

²⁶ Vid. Conclusiones de 2012 sobre Finlandia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/FIN/24/EN>).

²⁷ Como sucedió en las Conclusiones de 2012 con Turquía (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/TUR/24/EN>), Armenia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/ARM/24/EN>), Albania (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/ALB/24/EN>) y Eslovaquia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/SVK/24/EN>).

²⁸ Así se advierte en las Conclusiones de 2012 relativas a Irlanda (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/IRL/24/EN>) y Rusia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2012/def/RUS/24/EN>).

²⁹ Por ejemplo, Conclusiones de 2016 relativas a Italia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/ITA/24/FR>), Armenia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/ARM/24/FR>), Francia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/FRA/24/EN>), Serbia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/SRB/24/EN>), Turquía (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/TUR/24/FR>), Eslovaquia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/SVK/24/EN>), Letonia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/LVA/24/EN>) o Irlanda (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/IRL/24/FR>).

³⁰ Vid. Conclusiones de 2016 sobre Finlandia (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2016/def/FIN/24/FR>).

³¹ Por ejemplo en relación con Turquía (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2020/def/TUR/24/EN>), Eslovenia

se preguntaba expresamente por el alcance de la indemnización por daño moral, y en concreto si esa reparación adicional está limitada a los supuestos de discriminación, dando a entender que el CEDS no es partidario de tal restricción³².

Esta evolución de las conclusiones en el procedimiento de informes es coherente con las decisiones del CEDS en el procedimiento de reclamaciones colectivas cuando se ha planteado el mismo asunto. La reparación sólo puede ser adecuada, a juicio del Comité, cuando, por un lado, se contempla explícitamente la posibilidad de readmisión, y, por otro, el juez disfruta de margen de maniobra para valorar todas las características del caso y puede fijar una indemnización que compense el daño producido y cuente con suficiente efecto disuasorio, y por ello ha declarado la incompatibilidad del sistema de indemnización tasada, o con límites máximos, en Finlandia³³, Italia³⁴ y Francia³⁵.

Las decisiones del procedimiento de reclamaciones colectivas adoptan un formato más cercano a las sentencias, y contienen una argumentación más prolija. Cabe destacar, por ejemplo, que el Comité no concede demasiado valor al hecho de que la indemnización tasada favorezca la seguridad jurídica, ya que tanto la empresa como el trabajador pueden anticipar el coste de la extinción, sino que a juicio del CEDS esos límites podrían convertirse en un incentivo para el despido ilícito³⁶. Por

(<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2020/def/SVN/24/EN>) o Eslovaquia
(<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2020/def/SVK/24/EN>), entre otros.
³² Vid. Conclusiones de 2020 relativas a Letonia
(<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2020/def/LVA/24/EN>) y Armenia
(<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2020/def/ARM/24/EN>).

³³ Vid. Decisión *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, Complaint No. 106/2014, de 8-9-2016 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-106-2014-dadmissandmerits-en>).

³⁴ Vid. Decisión *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No. 158/2017, de 11-9-2019 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-158-2017-dmerits-en>).

³⁵ Vid. Decisiones *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France* de 5-7-2022, Complaint n° 175/2019 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-175-2019-dmerits-en>) y *Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube v. France*, Complaint No. 181/2019 and *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France*, Complaint No. 182/2019, de 19-10-2022 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-182-2019-dmerits-en>).

³⁶ «The Committee considers that, contrary to what the Government asserts – that the aim of the system introducing compensation ceilings was to provide greater legal certainty for the parties and thus greater predictability of the costs of legal proceedings - the ‘predictability’ resulting from the scale might rather serve as an incentive for the employer to unlawfully dismiss workers. Indeed, the established compensation ceilings could prompt

ACDCT, VOL. XV (2023), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 229-280

consiguiente, el CEDS insiste en que la indemnización no puede calcularse únicamente a partir del salario y de la antigüedad, sino que debe tomar en consideración factores como el número de trabajadores al servicio del empleador, el tamaño de la empresa o la conducta y circunstancias de las partes, y advierte que si los daños morales están afectados por el tope indemnizatorio, la reparación no es adecuada aunque incluya el disfrute de prestaciones por desempleo o una eventual indemnización por daños derivados de la inobservancia de los requisitos formales del despido. En último término, el CEDS considera que todos los trabajadores despedidos improcedentemente deben contar con una vía efectiva para obtener una reparación adecuada y disuasoria, y que no es suficiente que se habiliten procedimientos de conciliación en los que pudiera pactarse una mayor indemnización, ni tampoco que potencialmente estén abiertas otras vías jurídicas para la exigencia de responsabilidad civil si no se demuestra una «doctrina judicial estable y consolidada que pueda ser aplicada a diferentes situaciones»³⁷.

La legislación española no había sido valorada a la luz de ese art. 24 porque España no ratificó la Carta Social Europea (revisada) hasta 2021. Sin embargo, a través del procedimiento de informes ordinario de la Carta Social Europea de 1961 el CEDS ya había dejado constancia de que esas limitaciones no eran conformes con la Carta originaria, pese a que ese instrumento no dedicaba atención específica a la indemnización por despido. El Comité se sirve de una vía indirecta, en concreto el art. 8 relativo a la protección de las mujeres embarazadas, que pueden disfrutar de la indemnización pese a la nulidad del despido cuando la readmisión es imposible, para advertir a España que la indemnización tasada no permite compensar todos los daños sufridos³⁸. Por consiguiente, era previsible que tras la ratificación de la Carta Social Europea revisada el CEDS declarase la no conformidad de las reglas legales españolas de despido con su art. 24, bien a través del procedimiento de informes (valoración que tendría lugar en

employers to make a pragmatic estimation of the financial burden of an unjustified dismissal on the basis of cost -benefit analysis. In some situations, this could encourage unlawful dismissals»; cfr. Decisión *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France, Complaint No. 160/2018 and Confédération générale du travail (CGT) v. France, Complaint No. 171/2018*, de 23-3-2022 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-171-2018-dmerits-en>).

³⁷ Cfr. Decisión *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy, Complaint No.158/2017*, de 11-9-2019 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-158-2017-dmerits-en>).

³⁸ Conclusiones de 2023 relativas al art. 8.2 de la Carta (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=2023/def/ESP/8/2/EN>).

la tanda de 2024), o bien antes en el marco de eventuales reclamaciones colectivas, que efectivamente fueron presentadas tanto por UGT³⁹ como por CCOO⁴⁰, y no era arriesgado predecir una declaración de no conformidad⁴¹.

4. SOBRE LA PRETENDIDA APLICABILIDAD DIRECTA DEL ART. 24 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La Carta Social Europea, tanto en su versión original como en la revisada, es un auténtico tratado internacional, de eso no cabe duda. Y en la medida que ha sido ratificada por España, los compromisos internacionales que de ella surgen exigen el pertinente respeto. Desde luego, el cumplimiento de los compromisos internacionales no puede quedar a expensas de la existencia de un ente internacional de naturaleza ejecutiva. Los tratados internacionales se incorporan al sistema de fuentes, y la eventual pasividad del legislador en la adaptación del ordenamiento interno no ha de conllevar la ineficacia de instrumentos como la Carta Social Europea, que en teoría son susceptibles de invocación ante los órganos jurisdiccionales internos.

No obstante, la redacción de la Carta dificulta su aplicabilidad directa, por su propio tenor literal⁴², como viene poniendo de manifiesto la jurisprudencia y como por otra parte deriva del art. 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, en el que se dispone que «los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes».

³⁹ Número 207/2022 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-207-2022-dadmiss-en>).

⁴⁰ Número 218/2022 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng?i=cc-218-2022-dadmiss-en>).

⁴¹ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., y MUROS POLO, A., “La indemnización por despido improcedente ante la interpretación de la carta social europea revisada: análisis de las reclamaciones colectivas presentadas por UGT y CC OO”, *LA LEY Unión Europea*, nº 117, Septiembre 2023.

⁴² Vid. CRISTÓBAL RONCERO, R., “La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española”, *Documentación laboral*, nº 125, 2022, pp. 110 y ss.; GARRIDO PALACIOS, M.A., “La indemnización adicional por despido improcedente en España: un análisis desde el control de convencionalidad”, *IUSLabor*, nº 1, 2024, pp. 44 y ss.; GARCÍA VIÑA, J., “¿Las indemnizaciones adicionales en los casos de extinción del contrato de trabajo a las reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son válidas?”, *LABOS*, Vol. 4, nº 3, 2023, pp. 212 y ss.

Desde esta perspectiva, el hecho de que la Carta Social Europea se configure como un instrumento vinculante no significa, necesariamente, que los tribunales estén llamados a adoptar un papel proactivo, pues la Carta, en lo esencial, se dirige al legislador y al Poder Ejecutivo, que en algunas materias deben «regular» (*v.gr.*, art. 8, sobre trabajo nocturno), «favorecer» (art. 10, acerca de la formación profesional) o «esforzarse por elevar» (art. 12, relativo a la Seguridad Social), formulaciones que ilustran sin lugar a dudas que los destinatarios de la Carta no son los tribunales. Dicho de otro modo, el desarrollo pleno de la Carta requiere de actividad normativa, más o menos intensa, y no se satisface simplemente con sentencias reconociendo derechos, pues por la propia configuración de la Carta la vía judicial no puede sustituir eficazmente al legislador, a salvo de que los tribunales asuman un papel que no les corresponde.

En verdad, la práctica totalidad de los preceptos sustantivos de la Carta, aquellos que pretendidamente reconocen derechos, comienzan con la misma fórmula, mediante la que los Estados «se comprometen» (*undertake*, en la versión inglesa y *s'engagent* en la francesa) a adoptar las medidas correspondientes para lograr el fin pretendido. El art. 17 de la Carta original, sobre protección de madres e hijos, es el único que prefiere otra formulación –«adoptarán», *will take* o *prendront*–, pero siempre desde esa óptica de compromisos programáticos. En el caso de la Carta revisada, de su tenor literal se desprende inequívocamente que los derechos reconocidos directamente no son numerosos, y se centran principalmente en el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluida la huelga (art. 6.4), y en el derecho a emigrar, esto es, a «salir del país para ejercer una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes» (art. 18.4), preceptos en los que se atribuye el derecho sin ambages («*recognise*» en la versión inglesa y «*reconnaitre*» en la francesa)⁴³. No es sorprendente, así pues, que el art. 24, en el marco de la protección del despido, eluda una atribución directa de derechos subjetivos a las personas, y se decante por un mucho menos exigente «las Partes se comprometen a reconocer».

Por consiguiente, y aun cuando la Carta Social Europea, como tratado internacional en vigor, no puede ser ignorado por los tribunales

⁴³ Vid. AKANDJI-KOMBÉ, J.F., “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los Estados parte”, en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 286 y ss.

españoles, o verse desplazado a una posición secundaria o prácticamente irrelevante, es un instrumento que, por su propia configuración, no parece destinado a la aplicabilidad directa, no se configura como *self-executing*, en expresión anglosajona, toda vez que sus preceptos no reconocen por lo general derechos subjetivos susceptibles de invocación directa, ni son los tribunales los llamados a ignorar las reglas legales vigentes y sustituirlas por los derechos que pudieran llegar a inferirse de la Carta⁴⁴.

Bien mirada, la Carta impone una serie de objetivos, pero han de ser los Estados miembros los que articulen los medios para lograr el propósito. Es un mecanismo que recuerda al de las directivas de la UE, y que desde luego permite también explicar el artículo H de la Parte V, que, bajo la rúbrica «relaciones entre la Carta y el Derecho interno o los acuerdos internacionales», advierte que 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». Este precepto, que se invoca a menudo para justificar la aplicabilidad directa de la Carta, permite otra interpretación más coherente con la configuración de la misma, ya que, del mismo modo que las directivas, que contemplan a menudo una cláusula similar, las instancias internacionales pretenden evitar que el cumplimiento de los mandatos del instrumento correspondiente sea utilizado como pretexto para una reforma regresiva, de modo que si un Estado parte supera los mínimos previstos por la directiva, o en este caso por la Carta, no podrá acogerse a ellos para minorar el nivel de protección previamente establecido.

Evidentemente, y pese a esos paralelismos con las directivas, cabe resaltar que no se contempla en la Carta un plazo de transposición específico, ni tampoco técnicas tan útiles como la concesión de efecto directo, que no cabe deducir en modo alguno de su articulado. Es cierto que en algunos países, como Francia o Bélgica, y también España, el debate académico y judicial sobre el efecto directo de la Carta ha llevado a los tribunales a considerar que algunos de los derechos –por ejemplo en relación con el despido– sí podrían desplegar esa eficacia⁴⁵, pero resulta

⁴⁴ Vid. ALZAGA RUIZ, I., “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”, *Trabajo y Derecho*, nº. 64, 2020 (smarteca).

⁴⁵ Vid. SARMENTO BARRA, J., y AUBRIERE, M., “La Charte Sociale Européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole”, *Lex Social*, nº 1, 2015, pp. 168 y ss.; NIVARD, C., “L’obscurité clarté du rejet ACDCT, VOL. XV (2023), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 229-280

ilógico y disfuncional que la eventual decisión sobre la concesión de efecto directo –a toda la Carta o sólo a algunos derechos- dependa de cada concreto tribunal en cada país, por la asimetría que ello provoca. A falta de un mecanismo unificador, que obviamente debe proceder del propio Consejo de Europa, no deben confundirse los deseos con la realidad, y una lectura detenida de la Carta pone de manifiesto que no proporciona resortes o herramientas suficientes para su aplicabilidad por los tribunales, precisamente porque no es una declaración o catálogo de derechos al uso, sino una sucesión de compromisos cuyo incumplimiento no se traduce en la concesión de un derecho al ciudadano.

Dicho de otro modo, la opción técnicamente más convincente, y coherente con la configuración de la Carta y de nuestro ordenamiento, no consiste en que los tribunales apliquen directamente los derechos reconocidos en la misma que requieran de la previa intervención del legislador –la mayoría-, sino que ante la inactividad del legislador queda abierta para el ciudadano la vía contencioso-administrativa, y en concreto la reclamación de una indemnización por funcionamiento normal o anormal de la Administración, pues la causa de la vulneración del derecho y del daño producido es la falta de adopción de las medidas necesarias para garantizar el derecho correspondiente. Desde luego, algunos de los derechos reconocidos en la Carta únicamente podrían ser invocados por un ciudadano a través de ese cauce, como por ejemplo muchas de las manifestaciones del derecho al empleo (art. 1)⁴⁶ o la obligación del Estado de «promulgar reglamentos de seguridad e higiene» o de «tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos» (art. 3), aunque esta petición de responsabilidad a la Administración no es una opción muy explorada todavía en nuestro ordenamiento. De algún modo, se trataría de una vertiente de la responsabilidad del Estado legislador⁴⁷, aun cuando fuera por inacción.

de l'effet direct de l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée", *Droit Social*, nº 10, 2019, pp. 792 y ss.; SALCEDO BELTRÁN, C., "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *RTSS (CEF)*, nº 434, 2019, pp. 184 y ss.

⁴⁶ Vid. VANDAMME, F., "La Charte Sociale Européenne et la Politique d'emploi: Aperçu des Conclusions significatives (2016) Du Comité Européen des Droits Sociaux", *Lex Social*, nº 1, 2017, pp. 558 y ss.

⁴⁷ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado como autor de una ley declarada inconstitucional", *Revista de Administración Pública*, nº 166, 2005, pp. 221 y ss.; LEIVA RAMÍREZ, E., y ALONSO GARCÍA, M.C., "La responsabilidad patrimonial del legislador", *Administración & Desarrollo*, Vol. 40, nº 55, ACDCT, VOL. XV (2023), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 229-280

Sobre estas premisas, el control de convencionalidad que podría efectuar un juez interno, y que conllevaría el desplazamiento –que no la derogación– de la norma interna contraria a un tratado internacional, como deriva de la STC 140/2018, de 20 de diciembre⁴⁸, no ha de conducir a resultados desproporcionados ni técnicamente inasumibles, basados más en el deseo o el deber ser que en la realidad misma. La Carta, lógicamente, debe configurarse como un instrumento vivo si se pretende que sea eficaz, pero ello no puede suponer que por vía interpretativa se altere ni su naturaleza jurídica ni la intensidad de los compromisos asumidos.

5. EL CARÁCTER NO VINCULANTE DE LAS CONCLUSIONES Y DECISIONES DEL CEDS

Aun cuando la mayor parte de preceptos de la Carta revisada, y especialmente el art. 24, por lo que aquí interesa, no puedan disfrutar de aplicación directa, el alcance de las eventuales reformas legales, o de las responsabilidades que pudieran generarse, exige conocer con precisión el contenido de los compromisos asumidos. A esos fines, cabría defender que el CEDS proporciona una interpretación auténtica, de forma tal que el texto de la Carta y su exégesis formarían un todo indisoluble, convirtiendo la doctrina del CEDS en vinculante, por cuanto el contenido de la Carta no es el que se deduciría de su interpretación literal, ni el que podría desprenderse de un proceso interpretativo realizado por cualesquiera órganos jurisdiccionales, sino el que construye el legítimo intérprete⁴⁹.

2012, pp. 33 y ss.; MORET MILLÁN, V., y GATÓO JIMÉNEZ DE LAIGLESIA, S., “La responsabilidad del Estado-legislador: antecedentes y situación tras la reforma de 2015”, *Revista de las Cortes Generales*, nº 100-101-102, 2017, pp. 7 y ss.; GALÁN VIOQUE, R., *La responsabilidad del estado legislador*, Cedecs, 2001, pp. 15 y ss.

⁴⁸ Vid. JIMENA QUESADA, L., “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales”, *RGDTSS (iustel)*, nº 53, 2019; SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones XXI-3 (2018) del Comité Europeo de Derechos Sociales: Evidencias de la “indiferencia” y “resistencia” a la Carta Social Europea”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 5, 2019, pp. 545 y ss.

⁴⁹ Vid. JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación laboral*, nº 125, 2022, pp. 75 y ss.

Ese es el criterio del propio Comité, al advertir expresamente sobre el carácter vinculante de la Carta y de las decisiones del CEDS como órgano previsto en la misma, de modo que le correspondería efectuar una valoración jurídica sobre su aplicación satisfactoria en los distintos Estados, mientras que los tribunales internos habrían de resolver los litigios concretos «a la luz de los principios que ha establecido al respecto», sin perjuicio de que «corresponde al legislador proporcionar a las jurisdicciones nacionales los medios para extraer las consecuencias apropiadas en lo que respecta a la conformidad con la Carta de las disposiciones nacionales en cuestión»⁵⁰. Y así lo ha asumido alguna sentencia en España, considerando que la doctrina del CEDS tiene un «valor parajurisdiccional»⁵¹.

Por supuesto, y en sentido contrario, también es legítimo considerar que el CEDS se ha excedido en su interpretación de algunos pasajes, y en particular del art. 24 de la Carta revisada, pues ha deducido unas consecuencias que en modo alguno se extraen de una interpretación a través de los criterios tradicionales, y desde luego no ha sido tan prudente como otros órganos de naturaleza similar, por ejemplo la CEACR dentro de la OIT. También puede ponerse de manifiesto el carácter no jurisdiccional de la actividad del CEDS y cuestionar, o incluso negar con firmeza, la fuerza vinculante de su doctrina, máxime ante la evidente falta de fundamentación jurídica en muchos casos, porque sus conclusiones no se construyen a partir de los cánones propios de la hermenéutica jurídica⁵².

Sin embargo, no puede ignorarse, en modo alguno, que España ha ratificado la Carta Social Europea revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas, asumiendo unos compromisos que han de ser respetados, indudablemente, porque son vinculantes, y el propio TC ha recordado que la «obligación estatal de cumplimiento de los tratados de derechos humanos ratificados e incorporados al ordenamiento español» nace de «una correcta intelección del art. 96.1 CE», y que «este compromiso de cumplimiento lleva aparejada la exigencia de respeto a los mecanismos internacionales de garantía de tratados cuando exista [...] una voluntad estatal expresa de

⁵⁰ Vid. apartado 91 de la Decisión *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse v. France* de 5-7-2022, complaint n° 175/2019 (<https://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=cc-175-2019-dmerits-en>).

⁵¹ Cfr. STSJ de Cataluña de 5-3-2024 (recurso 3817/2023).

⁵² En esa línea, vid. VIVERO SERRANO, J.B., “El despido improcedente y la Carta Social Europea: las experiencias de Finlandia, Italia y Francia”, *Trabajo y Derecho*, n° 113, 2024 (smarteca).

sumisión a dichos mecanismos»⁵³. Ahora bien, ese respeto requiere, en primer lugar, clarificar el alcance del compromiso internacional adquirido, y ni de la Carta ni del Protocolo se deduce, en modo alguno, que un Estado deba acometer cambios tras la decisión del CEDS. Por más que se haya defendido, a veces con cierta vehemencia, que la doctrina del CEDS resulta de obligado cumplimiento⁵⁴ –e incluso que en ocasiones se haya aludido a ella, de forma manifiestamente desmesurada, como jurisprudencia⁵⁵–, no hay ningún argumento sólido que permita sostener esa postura, más allá de afirmaciones autorreferenciales del CEDS o de órganos de carácter técnico-político, evidentemente no vinculantes y sin ningún valor jurídico en el contexto del sistema de fuentes tradicional⁵⁶.

Dicho de forma más contundente, es claro que la Carta Social Europea original y la revisada son tratados internacionales de obligado cumplimiento, pero no así las conclusiones o decisiones del CEDS. Cabría incluso cuestionar que las interpretaciones del CEDS se incorporasen al contenido del precepto correspondiente de la Carta, porque a menudo tiende a sobrevalorarse el papel y la posición del CEDS. En último término,

⁵³ Cfr. STC 61/2024, de 9 de abril.

⁵⁴ Vid. JIMENA QUESADA, L., “La primera decisión de fondo contra España del Comité Europeo de Derechos Sociales: evidentemente vinculante”, *Lex Social*, vol. 14, nº 1, 2024; SALCEDO BELTRÁN, C., “Conclusiones 2023 del Comité Europeo de Derecho Sociales: los incumplimientos de la Carta Social Europea por parte de España”, *Lex Social*, vol. 14, nº 1, 2024; MOLINA NAVARRETE, C., “La nueva indemnización por despido improcedente: ¿cómo debe cambiar con la reprobación vinculante del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)?”, *Diario La Ley*, nº 10489, 19 de Abril de 2024; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Razones para un cambio en la indemnización por despido improcedente”, *IUSLabor*, nº 1, 2023, pp. 19 y ss.; DÍAZ GARCÍA, C., “La Carta Social Europea revisada y las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales: un análisis general sobre su naturaleza y una aportación específica para su aplicación en España”, *IUSLabor*, nº 1, 2024, pp. 105 y ss.

⁵⁵ En defensa del «valor jurisprudencial», así como de la «naturaleza jurisdiccional», vid. PRECIADO DOMÈNECH, C.H., *El despido en la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Bomarzo, Albacete, 2023, pp. 21 y ss.

⁵⁶ Se suele traer a colación un informe de la Secretaría de Estado de Justicia, emitido por la Directora General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 2020, en el que se afirma que la Carta Social Europea revisada «es jurídicamente vinculante y las decisiones del Comité de Expertos son de obligado cumplimiento». Es un informe que se cita en los antecedentes del Dictamen del Consejo de Estado 486/2021 de 8 de julio de 2021, acerca del protocolo de reclamaciones colectivas, y este dictamen, de forma significativa, omite cualquier referencia sustantiva al carácter vinculante de las decisiones o conclusiones del CEDS, y se limita a advertir que la prestación del consentimiento para obligarse por el Protocolo requiere la previa autorización de las Cortes Generales.

España se ha comprometido a cumplir la Carta Social Europea revisada, también en lo que se refiere al procedimiento de reclamaciones colectivas, pero no estrictamente a cumplir la doctrina del CEDS, sino que literalmente «acepta la supervisión de sus obligaciones contraídas en la Carta». Y, desde luego, no cabe confundir ni mimetizar el sistema de supervisión con la doctrina del CEDS, ni debe aceptarse acríticamente que esa supervisión implique conceder naturaleza jurisdiccional a las conclusiones de ese órgano, ni mucho menos su acatamiento y aplicación directa en sede jurisdiccional. En efecto, y por situar el debate dentro de los contornos del Consejo de Europa, resulta evidente que los mecanismos de garantía del CEDH y de la CSE actúan en planos muy distintos, y ese es un elemento decisivo para ubicar correctamente ambos instrumentos.

El TEDH valora la aplicación judicial del derecho correspondiente, de modo que interviene para solucionar un conflicto netamente jurídico y con el fin de comprobar si en la respuesta a un supuesto de hecho los tribunales nacionales han respetado el Convenio. En cambio, el CEDS no se pronuncia sobre el caso concreto de un ciudadano perjudicado porque la Carta ha sido ignorada, sino que valora el contexto jurídico, económico y social para constatar si el Estado ha dado cumplimiento a los compromisos que aceptó al ratificar la Carta. Por consiguiente, las sentencias del TEDH corrigen una interpretación judicial, mientras que las conclusiones del CEDS reprochan al legislador su falta de eficacia o de interés en la implementación de la Carta. De ahí que las consecuencias de una u otra vía puedan, y seguramente deban, ser distintas, y que los tribunales internos puedan mostrarse reacios a la recepción directa de la doctrina del CEDS, que no es un órgano judicial, ni despliega actividad jurisdiccional, aunque en ocasiones se aprecie un paralelismo. De forma coherente, mientras el art. 46 del CEDH establece explícitamente que las partes deben «acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes» -sin perjuicio de que al Comité de Ministros le corresponda «velar por su ejecución»-, la Carta Social Europea no recoge una previsión similar para las conclusiones del CEDS⁵⁷. Esa diferencia se traduce en el ordenamiento español en el destacado valor que se ha concedido a las sentencias del

⁵⁷ En este sentido, vid. ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La Carta Social Europea: ¿El último recurso contra el periodo de prueba en el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores?”, *RTSS (CEF)*, nº 407, 2017; SÁNCHEZ PUERTA, D.A., “La tutela multinivel de los derechos laborales: el protocolo de reclamación colectiva ante el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Documentación laboral*, nº 127, 2022, pp. 178-179.

TEDH en las normas procesales, mientras que las decisiones del CEDS no han merecido ninguna atención.

En el marco del tradicional procedimiento de conclusiones, esta vía concluye, o puede concluir, con una resolución o recomendación del Comité de Ministros. En una etapa inicial, y desde 1974, el Comité de Ministros decidió «llamar la atención» de los Estados Partes sobre las «observaciones» del Comité, con el fin de que adoptaran las medidas oportunas para cumplir con la Carta, y en particular recomendaba al Estado que había sufrido una valoración negativa que «tomara en consideración, de manera apropiada», la opinión del CEDS.

En tiempos más recientes, las recomendaciones («*resolutions*» en la expresión anglosajona) recogen en ocasiones las alegaciones ante el Comité de Ministros del Gobierno correspondiente, pero, en último término, el trámite se sustancia con un compromiso más o menos vago de acomodación a la Carta y una referencia del Comité sobre la valoración de los progresos futuros a través del tradicional sistema de informes, sin que por tanto se contemplen exigencias concretas ni plazos, pues el Comité de Ministros se limita a afirmar que «espera» que las autoridades correspondientes proporcionen los datos pertinentes, «en su próximo informe relativo a las disposiciones pertinentes de la Carta, sobre cualquier novedad relativa a su aplicación, en particular respecto a las medidas adoptadas para adecuar la situación a la Carta»⁵⁸.

Es cierto que, como excepción, las recomendaciones del Comité de Ministros han resultado más contundentes respecto de Francia, quizá porque las autoridades francesas habían defendido que, a tenor de la jurisprudencia de la Corte de Casación sobre la denominada “Escala Macron”⁵⁹, la Carta Social Europea no contaba con efecto o aplicación directa, ni concedía derechos subjetivos a los ciudadanos, sino que únicamente establecía los objetivos a alcanzar, mientras que el CEDS limitaba sus facultades a una mera constatación o comprobación del cumplimiento de la Carta. Consciente de las limitaciones de la doctrina del CEDS, el Comité de Ministros se muestra más contundente al efectuar dos recomendaciones concretas a Francia. En primer lugar, insta a asegurarse de que el importe de

⁵⁸ Así se desprende de la recomendación relativa a Finlandia [CM/ResChS(2017)7], accesible en <https://search.coe.int/cm?i=0900001680726ff8> o Italia [CM/ResChS(2020)2, <https://search.coe.int/cm?i=09000016809ce4e2>].

⁵⁹ Sentencias de 11-5-2022, n°21-14.490 y 21-15.247.

la reparación tanto de los daños pecuniarios como de los morales derivados del despido ilícito sea disuasorio para el empleador, en orden a garantizar una adecuada protección. Y, en segundo lugar, pide revisar y modificar la legislación y la práctica para que la indemnización por despido ilícito tenga en cuenta el daño real sufrido por la víctima en las circunstancias del caso⁶⁰. Ahora bien, se emplaza a Francia a que, en el plazo de dos años, presente un informe sobre el cumplimiento de estas recomendaciones.

Por su propia configuración, las resoluciones del Comité de Ministros habrían de ser consideradas como *soft law*, sin lugar a dudas, por cómo se elaboran, cómo se aprueban, cómo se redactan y cómo se controlan. En consonancia, las conclusiones y decisiones del CEDS no son, ni pueden ser, resoluciones ejecutivas, y en verdad no pasan de ser informes técnicos que, en su caso, se incorporan como anexo al informe que ha de presentar el Subcomité del Comité Social Gubernamental al Comité de Ministros en orden a que emita su recomendación, lo que demuestra, en último caso, que conviene tener mucha cautela al valorar la vinculabilidad o ejecutabilidad de esa clase de conclusiones, criterios o decisiones. En esa condición de conclusiones de un órgano técnico, no se dirigen al país en concreto como sentencias o decisiones vinculantes, y no alcanzan el carácter de resoluciones o normas directamente aplicables, e incluso podría dudarse de su condición de interpretación auténtica -el TC ha rechazado explícitamente el carácter “auténtico” de la interpretación efectuada por esta clase de comités (STC 70/2002)-, pues el criterio en cuestión debe ser ratificado o asumido posteriormente a través de una resolución del Comité de Ministros. El CEDS es un comité de expertos que, en puridad, elabora una propuesta de interpretación, pero esa es una propuesta que no se convierte en criterio de la organización, el Consejo de Europa, hasta que así lo decide el Comité de Ministros y en los términos que así lo establece en cada caso. Por consiguiente, en sí mismos esos criterios ni son vinculantes ni son ejecutables.

En defecto de pronunciamiento del Comité de Ministros, o si el Comité decide no seguir las pautas del CEDS, ningún valor jurídico sustantivo puede concederse a esos criterios, más allá de su naturaleza de interpretación técnica autorizada. Al margen de la ejecutividad, que es una cuestión distinta, las decisiones del CEDS podrían alcanzar una vinculabilidad mediata o indirecta por su incorporación a las resoluciones del Comité de Ministros, pero no por sí mismas. Y se convertirían, en su

⁶⁰ Vid. Resolución CM/RecChS(2023)3 (<https://search.coe.int/cm/?i=0900001680ac6428>)
ACDCT, VOL. XV (2023), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 229-280

caso, en un elemento interpretativo, pero no propiamente en la única opción posible para un tribunal en la respuesta a un caso concreto⁶¹.

Cabría pensar que la opinión del CEDS cuenta con mayor valor jurídico en el procedimiento de reclamaciones colectivas, por los paralelismos que presenta con un procedimiento jurisdiccional. Sin embargo, el art. 8 del Protocolo de 1995 deja claro que el CEDS elabora un «informe» y presenta sus «conclusiones» sobre el cumplimiento o incumplimiento de la Carta, informe que se remite al Comité de Ministros (y a la Asamblea Parlamentaria). En realidad, es el Comité de Ministros el que en su caso tiene competencia para adoptar una «resolución por mayoría de los votantes», resolución que, «por mayoría de dos tercios de los votantes», podría incluir una «recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada» (art. 9). El informe del CEDS, por cierto, se publica con esa resolución, si bien, en caso de que el Comité de Ministros no aprobase esa resolución, el art. 8.2 del Protocolo contempla la publicación de la decisión del CEDS «antes de que transcurran cuatro meses desde su remisión al Comité de Ministros».

Por consiguiente, el acto que constata o declara un eventual incumplimiento no es el informe técnico -«decisión» o «conclusiones»- del CEDS, sino la resolución del Comité de Ministros. Sin esa intervención del Comité de Ministros, conviene insistir, el informe del CEDS carece de cualquier tipo de fuerza vinculante y técnicamente no es una recomendación. Ni de la Carta –original o revisada- ni del Protocolo de reclamaciones colectivas se deduce, en modo alguno, que el informe del CEDS –por sí mismo y por sí solo- resulte vinculante para el Estado parte, ni que obligue a modificación legal alguna, ni a una rectificación de la doctrina judicial, porque el producto que emana del CEDS no es el «sistema de supervisión», sino una de sus piezas (técnicamente la principal, sin duda). Desde esta perspectiva, los tribunales no estarían más vinculados por la interpretación del CEDS que por las interpretaciones o resoluciones de otros órganos técnicos con funciones de asesoría e informe en el ámbito administrativo, como el Consejo de Estado o los numerosos gabinetes técnicos que emiten informes o resuelven consultas (Equipos de Valoración de Incapacidades en el seno del INSS, Dirección General de Trabajo, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, etc.).

⁶¹ Vid. GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 10, nº 2, 2019, pp. 850 y ss.

Cabría desde luego traer a colación la jurisprudencia constitucional, que, por ejemplo en relación con los dictámenes de comités equivalentes de Naciones Unidas, ha precisado que el hecho de que «no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales»⁶².

Sin embargo, la extensión de esa doctrina a la Carta Social Europea debe matizarse, porque el art. 10.2 CE se refiere explícitamente a los derechos humanos, y difícilmente cabe considerar la Carta Social Europea como un tratado sobre «derechos humanos», al menos en su integridad, aun cuando en la actualidad se hayan elaborado construcciones más ambiciosas, que distinguen entre generaciones de derechos humanos, e incluso ya se alude a la quinta y sexta generación, que extenderían esa clase de derechos a las máquinas o a los robots. Por supuesto, no cabe negar el carácter evolutivo de los derechos humanos, pero debe extremarse la cautela ante la pretensión de ampliar el art. 10.2 CE a derechos distintos de los recogidos en los textos internacionales que explícitamente utilizan en su denominación “derechos humanos” y que coinciden con los que identificó el constituyente como derechos fundamentales en nuestra Norma Suprema⁶³. No se puede deducir esa ampliación de referencias genéricas al art. 10.2 CE al abordar el alcance y la eficacia de algún convenio de la OIT, porque el TC se limita en tales casos a reproducir doctrina previa, sin ninguna pretensión adicional⁶⁴.

⁶² Cfr. STC 81/1989, de 8 de mayo.

⁶³ En contra, vid. MONEREO PÉREZ, J.L., “El valor jurídico de la Carta Social Europea Revisada y su significación”, *Documentación laboral*, nº 125, 2022, pp. 22 y ss.

⁶⁴ Así sucede, por ejemplo, en la STC 118/2019, cuando afirma que «por lo que se refiere a la presunta contradicción del art. 52.d) LET con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT que apunta el auto de planteamiento, procede recordar una vez más que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico ex art. 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos». En modo alguno cabe colegir de este

En esencia, los derechos fundamentales se caracterizan por su naturaleza individual, de modo que no requieren una logística e infraestructura particular, sino sobre todo respeto por parte de los Estados. Son derechos y libertades de contenido civil y político, procedentes en último término de la tradición que fue fraguándose a lo largo de los siglos XVIII y XIX en Europa y América del Norte, y que tuvo entre sus textos iniciales más simbólicos e influyentes la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en 1789 en el contexto de la Revolución Francesa. Son, como se sabe, los derechos de ciudadanía más clásicos, que en unos casos actúan como libertades de acción y en otros como garantías de la dignidad de la persona frente al poder público o como instrumentos de participación política. Sólo con el paso de los años se integrarían en esa categoría algunos de los llamados derechos de nueva generación, más ligados a las condiciones de vida, al medio ambiente o a los avances científicos. Se trata de los llamados derechos de “prestación”, que se convierten en derechos humanos cuando, directamente o por vía de protocolo, se incorporan a esos textos de referencia. En cambio, no sucede así cuando su reconocimiento y desarrollo tiene lugar en el marco de otros instrumentos dedicados a derechos que, significativamente, reciben otra nomenclatura, como los derechos sociales, económicos y culturales⁶⁵.

De ahí que el propio TC haya distinguido nítidamente entre los efectos del art. 96.1 CE y los del art. 10.2 CE, pues «en tanto que uno de ellos se limita sólo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, y contiene un mandato dirigido a todos los poderes públicos», el otro, «que abarca todos los tratados internacionales, sea cual fuere su materia, además de incorporarlos a nuestro ordenamiento interno, los dota de una especial

último inciso que los convenios de la OIT integren el canon de constitucionalidad, sino más bien al contrario, por cuanto los convenios de la OIT, o la Carta Social Europea, se integrarían entre los tratados internacionales que «no integran el canon de constitucionalidad».

⁶⁵ Vid. FRANCO DEL POZO, M., *El derecho humano a un medio ambiente adecuado*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, pp.11 y ss.; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.M., “Las generaciones de derechos humanos”, en BETEGÓN CARRILLO, J., y otros (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 2004, pp. 409 y ss.; CARMONA CUENCA, E., “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm.100 (2017), pp.1212 y ss.

resistencia o fuerza pasiva»⁶⁶. El art. 10.2 CE obliga a la «interpretación conforme» de la normativa interna con los tratados, pero sólo con los tratados de derechos humanos. En verdad, el TC ha sido muy comedido a la hora de aplicar este precepto, que explícitamente sólo ha vinculado al CEDH, a ciertos instrumentos del Derecho de la UE, no sólo del originario, sino también del derivado, y a los pactos relevantes de la ONU, bien los más genéricos, bien alguno específico, como la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad⁶⁷ o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de Diciembre de 1979⁶⁸.

Por consiguiente, la incorporación de la Carta Social Europea al elenco de convenios a los que se refiere el art. 10.2 CE obligaría a extender el catálogo de derechos fundamentales más allá del art. 28, o del 29, ampliándolo bien hasta el art. 38 (para incorporar el derecho al trabajo), bien hasta el art. 52, pues dentro del listado de principios rectores de la política social y económica se recogen derechos, como el relativo a la vivienda o a la seguridad social, que asimismo se contemplan en la Carta Social Europea revisada. Dicho de otro modo, el encaje, sin duda forzado, de la Carta Social Europea en el art. 10.2 CE conlleva una ampliación del concepto de derechos fundamentales que conduce a un escenario completamente incierto, y que además es contrario al propio art. 10.2 CE, que únicamente remite a esos tratados en relación con «los derechos fundamentales» y «las libertades que la Constitución reconoce», y no cualesquiera otros. No se trata de que determinados consagrados después del art. 29 CE no puedan adquirir en el futuro la naturaleza y tutela de los derechos fundamentales, pero sí que el camino que debe conducir a ese especial reconocimiento ha de ser mucho más meditado y programado.

Cuestión distinta es que el TC se apoye en convenios internacionales –o en el estándar jurídico internacional- para llegar a determinadas conclusiones, o que en algunos casos haya mencionado convenios internacionales de ámbito laboral y social como refuerzo en la interpretación de los derechos fundamentales, por ejemplo convenios de la

⁶⁶ Cfr. STC 36/1991, de 14 de febrero.

⁶⁷ Vid. SSTC 51/2021, de 15 de marzo, y 172/2021, de 7 de octubre.

⁶⁸ Vid. STC 31/2018, de 10 de abril.

OIT en relación con la discriminación con maternidad⁶⁹. Cabe discutir, asimismo, si el art. 10.2 CE permite acudir no sólo a convenios específicos de derechos humanos, sino también a otros que, al menos parcialmente, regulan contenidos que afectan a esos derechos, aunque cuenten también con otra regulación ajena a esos derechos de especial naturaleza. También es posible, lógicamente, referirse a esos convenios con el propósito de acomodar la Constitución, que cuenta con una naturaleza evolutiva, a los estándares internacionales, pero esa es una operación que, si no afecta a derechos fundamentales, se enmarcaría en el art. 96, y no en el art. 10.2, pues este precepto exige una interpretación de conformidad con esos acuerdos, como ha advertido la más reputada doctrina constitucionalista⁷⁰.

Cabría esgrimir en contrario que la STC 145/1991, de 1 julio, recurrió a la Carta Social Europea como parámetro interpretativo en materia de igualdad salarial por la vía del art. 10.2 CE, mencionando el art. 35 CE, pero esa es una materia en la que se encuentra involucrado el art. 14 CE, que sí disfruta de la condición de derecho fundamental. Desde luego, el TC no se ha servido de la Carta Social Europea como referencia interpretativa *ex* art. 10.2 CE cuando no se ha visto afectado un derecho contenido entre los arts. 14 a 29 de la Norma Suprema. De hecho, cuando se refiere a la Carta en otros contextos, como por ejemplo el acoso laboral (STC 56/2019, de 6 de mayo) o la asistencia social (STC 36/2012, de 15 de marzo), no menciona el art. 10.2 CE. Y quizá más significativa es la STC 139/2016, que, en el análisis de los derechos de los extranjeros en situación irregular, y en particular la asistencia sanitaria, no introduce la Carta Social Europea por la vía del art. 10 CE, sino que acude al art. 13.

No conviene tampoco olvidar que los desarrollos más recientes en nuestro ordenamiento, por ejemplo en relación con el recurso de casación para unificación de doctrina (las decisiones del CEDS no se admiten para fundar ese recurso, pues dicho Comité no es un órgano jurisdiccional⁷¹, a

⁶⁹ A modo de ejemplo, vid. SSTC 117/2018, de 29 de octubre, y 138/2018, de 17 de diciembre, que *obiter dicta*, y como referencia no principal, sino citada en otras sentencias, mencionan el Convenio nº 103 de la OIT.

⁷⁰ Vid. DE CARRERAS, F., “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *REDC*, nº 60, 2000, pp. 321 y ss.; SÁIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 17 y ss.

⁷¹ Vid. AATS de 7-2 y 11-10-2017 (recursos 1983/2016 y 1559/2017) y de 19-1-2019 (recurso 765/2018).

diferencia de lo que acontece con las sentencias del TEDH⁷²) y el recurso de revisión, confirman esa diferencia entre los textos y mecanismos de garantía de los derechos humanos, y los textos y mecanismos de garantía relativos a otros derechos. De este modo, cabría quizás acudir a la doctrina del CEDS sobre la libertad sindical y la huelga como parámetro interpretativo para el TC –que no interpretación de conformidad–, por cuanto esos son derechos fundamentales en el ordenamiento español. Sin embargo, no existe ningún argumento sólido que permita convertir en fundamental el derecho a una indemnización por despido, y menos aún, el derecho a una indemnización por despido no tasada, ni que exija por tanto al TC, o a un tribunal ordinario, acomodar su doctrina sobre el particular a la del CEDS *ex art. 10.2 CE*, a salvo de que se banalice o se instrumentalice el concepto y el contenido de los derechos fundamentales.

La invocación directa ante los tribunales internos de la Carta Social Europea, acompañada incluso por la doctrina del CEDS, no sólo no está prevista en la Carta, sino que, así configurada, seguramente habría provocado el fracaso de ese instrumento, como se infiere de los desarrollos posteriores, en particular del procedimiento de reclamaciones colectivas, que aun no culminando en una condena o imposición ha despertado muchas más reticencias entre los Estados. Probablemente por ello, el análisis de la CSE no ofrece puntos de apoyo sólidos para defender que los tribunales internos deben respetar las conclusiones del CEDS, y ni siquiera para aceptar como criterio de decisión una recomendación del Comité de Ministros a resultas de alguno de esos informes técnicos, máxime cuando la Carta no es siquiera vinculante para el TEDH, aun cuando en ocasiones pueda mencionarla entre el conjunto de textos normativos que han de tenerse en cuenta para dar respuesta a algún caso concreto. Nótese que no es posible invocar ante el TEDH la vulneración de algún precepto de la CSE, sino que en todo caso es menester acudir a uno de los derechos consagrados en el CEDH o en sus Protocolos. La Carta actuaría como apoyo interpretativo, en su caso acompañado de la doctrina del CEDS, pero únicamente en los términos que el TEDH estime oportuno y cuando voluntariamente así lo decida, lo que relega a la Carta a una posición secundaria. Y a todo ello se añade que el TEDH no siempre coincide con la

⁷² Extensamente, vid. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., “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”, *RTSS (CES)*, n.º. 460, 2021, pp. 191 y ss.

posición del CEDS, a pesar de los esfuerzos para conseguir un progresivo acercamiento en algunas materias⁷³, lo que en último término sitúa al Estado afectado en una situación comprometida, pues cabe que dentro del propio Consejo de Europa un órgano declare que un Estado ha incumplido los compromisos adquiridos, mientras que el otro muestre su conformidad⁷⁴.

En cualquier caso, la Carta adolece precisamente de instrumentos eficaces de imposición, pues el CEDS carece de herramientas para hacer valer sus interpretaciones, y tampoco el Comité de Ministros cuenta con los medios para exigir a los Estados las pertinentes modificaciones. Es un sistema cuya efectividad descansa sobre la buena voluntad de los Estados, y ante la persistencia contumaz en el incumplimiento no se han articulado mecanismos sancionadores ni correctores. Así lo ha puesto en evidencia la reforma del sistema de informes en el año 2022 –con incorporación de un novedoso sistema de informes *ad hoc* para abordar problemáticas nuevas o de carácter transversal-, en el que se ha tratado de reforzar la efectividad de este mecanismo de supervisión, pero haciendo patente su carácter de *soft-law*. En estos términos, se destaca la necesidad de reforzar el diálogo entre los órganos encargados del control y los Estados parte, pero conviene destacar, a los efectos que aquí interesan, que tras una eventual declaración de no conformidad en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, seguida de la pertinente recomendación del Comité de Ministros, el Estado afectado ha de presentar un informe de seguimiento en el plazo de dos años. Más allá de que se contemple un mecanismo de consultas para tratar de facilitar el cumplimiento, lo decisivo es que la persistencia en el incumplimiento conduce, en último término, a una «renovación de la

⁷³ Vid. CHATTON, G.T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, nº 73, 2008, pp. 275 y ss.; FLAUSS, J.F., “Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales”, en AA.VV., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 39 y ss.

⁷⁴ Vid. JIMENA QUESADA, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015, pp. 119 y ss.; SALCEDO BELTRÁN, C., “La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración "futura"”, *RMESS*, nº 137, 2018, pp. 91 y ss.; VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Bomarzo, Albacete, 2016, pp. 95 y ss.

recomendación», pues ciertamente el Comité de Ministros carece de instrumentos coercitivos, porque la Carta no los proporciona⁷⁵.

En todo caso, y conviene insistir, ni las decisiones del CEDS ni las recomendaciones del Comité de Ministros disfrutan de aplicabilidad directa ante los tribunales, de “justiciabilidad” o efecto directo, sino que se dirigen al legislador. Y no pueden disfrutar de esa aplicación directa porque aun cuando se reconozca su carácter de interpretación auténtica el problema reside en la propia naturaleza de los compromisos asumidos en la Carta, que se dirigen al legislador. Dicho de otro modo, las recomendaciones del Comité de Ministros deben ser atendidas por el legislador, y con ello las eventuales reformas legales deberán tener presente la doctrina del CEDS, porque a ella se remite ordinariamente la recomendación emitida. Pero si la Carta –o la mayoría de sus preceptos- no es susceptible de aplicación directa en sede judicial, menos aún la doctrina del CEDS.

Cuestión distinta es que la jurisprudencia contencioso-administrativa haya concedido valor a la doctrina de los comités de supervisión y control, como los instituidos en el contexto de Naciones Unidas –doctrina extrapolable sin dificultad al CEDS-, pues su interpretación de los textos correspondientes puede ser determinante para calibrar el cumplimiento de las obligaciones y la imputación de responsabilidades⁷⁶, pero esa es una operación muy diferente a la de su aplicación directa por los tribunales en orden a solventar conflictos individuales, pues se circunscribe a la valoración de la posible responsabilidad patrimonial del Estado.

6. VÍAS DE ACTUACIÓN TRAS LA DECLARACIÓN DE NO CONFORMIDAD CON LA CARTA

Desde una perspectiva política, cabría deducir que las decisiones y conclusiones del CEDS cuestionando la indemnización tasada no han sido recibidas con desagrado o estupor por quienes disfrutan de mayores posibilidades de iniciativa e impulso de reformas normativas. No parece

⁷⁵ Esta modificación fue adoptada el 27 de septiembre de 2022; vid. CM(2022)114-final (<https://search.coe.int/cm/?i=0900001680a8412f>).

⁷⁶ Vid. SSTS (Cont-Adv.) de 17-7-2018 (recurso 1002/2017) y de 29-11-2023 (recurso 85/2023).

arriesgado afirmar que algunas de las posiciones más conocidas del CEDS, como la que se refiere a la cuantía mínima de salario –no inferior al 60% del salario medio- o a los límites de indemnización por despido, se encuentran en sintonía con determinados postulados ideológicos, de modo que una decisión del CEDS en ese sentido puede utilizarse como espoleta o refuerzo para una reforma legal con ambición de cambiar el modelo.

Sin embargo, más allá de esas consideraciones que se mueven en el terreno de intereses políticos, ideológicos y electorales, conviene centrarse en aspectos netamente técnico-jurídicos. Por lo pronto, y como se desarrolló en el epígrafe anterior, un informe del CEDS, derive del procedimiento de conclusiones o del más moderno de reclamaciones colectivas, no es vinculante para los tribunales, porque el art. 24 de la Carta no es directamente aplicable al no reconocer derechos subjetivos a los ciudadanos, sino que el cumplimiento de ese precepto requiere de reformas legales para acomodarse a un determinado estándar internacional, y en ese contexto es en el que la interpretación del CEDS cobra valor.

La aplicabilidad directa de la Carta conduciría a escenarios de completa incertidumbre, porque los jueces habrían de pronunciarse sobre derechos de contenido demasiado etéreo sin una regulación legal (*v.gr.*, el derecho al «tiempo libre suficiente» para la crianza de hijos del art. 8.3), amén de las consecuencias difícilmente previsibles en el plano económico. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la «remuneración equitativa», cuya aplicación judicial directa, en los términos propuestos por el CEDS, permitiría a cualquier juez anular el decreto de SMI y las cláusulas de cualesquiera convenios colectivos y contratos en los que se fijase un salario inferior al 60% del salario medio, porque sería contrario al art. 4 de la Carta revisada, en la que «las Partes se comprometen a reconocer» (idéntica formulación que el art. 24 relativo a la indemnización por despido) el «derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso».

Los tribunales que están operando de ese modo en relación con la indemnización por despido se extralimitan⁷⁷, sin ninguna duda⁷⁸, y más

⁷⁷ A modo de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 23-4-2021 (recurso 5233/2020) mencionaba como daños susceptibles de indemnización, previa prueba, la «necesidad de desplazamiento, sus gastos, los alquileres, el daño emergente por pérdida de anterior trabajo o el daño moral de abandonar ambiente familiar y social consolidado». En la misma línea, la STSJ de Cataluña de 30-1-2023 (recurso 6219/2022) toma en consideración, como lucro

ACDCT, VOL. XV (2023), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 229-280

cuando llega a proponerse que el propio tribunal ignore la norma vigente y ordene la readmisión obligatoria⁷⁹. Se olvida que el TC, apoyándose en la seguridad jurídica, se ha decantado por la constitucionalidad de un sistema legal de indemnización tasada ante la extinción del contrato⁸⁰, y el control de convencionalidad difuso no puede derivar en la ignorancia de la jurisprudencia constitucional, sino que los tribunales deberían plantear la cuestión de inconstitucionalidad antes de inaplicar una ley «si está en juego la validez constitucional de la ley o su aplicabilidad en casos delimitados»⁸¹. Sin embargo, algunos órganos judiciales están creando un sistema paralelo de indemnización, configurando reglas *ad hoc*, que incluso califican como «propuesta» a modo de «solución provisional» a la espera de una reforma

cesante, la prestación por desempleo que se podría haber percibido si no se hubiera producido el despido (la trabajadora no cumplía el período de carencia). La STSJ del País Vasco de 23-4-2024 (recurso 502/2024) se apoya para cuantificar la indemnización en la «expectativa de un trabajo de un año, que motivó la extinción del contrato anterior», respecto de un trabajador que había dimitido de un contrato indefinido para celebrar un contrato de interinidad con una administración pública, que se extinguió un mes después al aducir el Ayuntamiento contratante que se había producido un error en la contratación. Un comentario a esta última sentencia en CASAS BAAMONDE, M.E., “Indemnización adicional por daños y perjuicios en despido sin causa y exigüidad de la indemnización legal tasada. Y sobre la aplicación directa del artículo 24 de la Carta Social Europea (revisada) y la orfandad del arbitrio judicial en la fijación de la indemnización adecuada por despido inválido”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 5, 2024.

⁷⁸ En contra, vid. SALCEDO BELTRÁN, C., *Indemnizaciones por despido improcedente adecuadas, reparaciones apropiadas y su función disuasoria*, Bomarzo, Albacete, 2024, pp. 158 y ss.

⁷⁹ Vid. AGUSTÍ MARAGALL, J., “La indemnización adecuada como reparación subsidiaria al despido injusto en el art. 10 del Convenio 158 de la OIT”, *Jurisprudencia social*, nº 228, 2021, pp. 29-30.

⁸⁰ Vid. AATC 43/2014, de 12 febrero, y 35/2015, de 17 febrero, amén de la STC 8/2015, de 22 de enero, que valida la constitucionalidad de opciones y modelos distintos.

⁸¹ «En el control de convencionalidad el juez ordinario sigue estando obligado “a respetar plenamente nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional”, y, en consecuencia, de llegar a la conclusión de que la norma interna desplazada por la internacional vulnera nuestro sistema de derechos y libertades, a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. La propia STC 140/2018 establece la sujeción del control de convencionalidad a la Constitución y a la jurisdicción de amparo del Tribunal Constitucional a través del débil canon del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se reitera una y otra vez. En ningún caso, la jurisdicción de los derechos fundamentales y la definición de la normatividad de la Constitución puede quedar en manos de instancias judiciales, que no son las previstas por la propia Constitución, sino del Tribunal Constitucional»; cfr. CASAS BAAMONDE, M.E., *Discurso de María Emilia Casas Baamonde en su investidura como Doctora Honoris Causa en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela*, accesible en <https://www.usc.gal/gl/honoris-causa/maria-emilia-casas-baamonde/discurso>.

legal⁸², cuando, en esencia, están procediendo a ignorar la ley vigente, provocando un vacío normativo derivado de una interpretación desmesurada y asumiendo una posición, la de legislador, que en absoluto les corresponde⁸³.

Es claro, por tanto, que la respuesta debe articularse a nivel legislativo, y no judicial, por más que desde un sector doctrinal se reclame con insistencia una mayor involucración –activismo- judicial⁸⁴. Jurídicamente es una opción inadecuada, y no por cuestiones de mera prudencia⁸⁵, sino por elemental respeto a la seguridad jurídica –muy maltrecha ante su constante desplazamiento a partir de invocaciones (demasiado genéricas) a la justicia social⁸⁶- y a las reglas de construcción y articulación del sistema de fuentes. En efecto, la seguridad jurídica sufre porque sin criterios legales prefijados cada juzgador podría confeccionar sus propios parámetros de valoración prácticamente a voluntad, sin pautas previas, y en un contexto de muy elevada litigiosidad las disfunciones resultarían notables, rozando la arbitrariedad hasta que la labor del Tribunal Supremo a través del recurso de casación para unificación de doctrina ofreciera bases sólidas y comunes, pero ese es un escenario que se

⁸² Cfr. STSJ de Cataluña de 13-2-2024 (recurso 6291/2023), que explica que en sus primeras decisiones sobre esta cuestión pretendía limitar la indemnización adicional a supuestos de fraude de ley, abuso de derecho, vulneración de norma imperativa o prohibitiva, pero que en este momento se decanta por ampliar el espectro de supuestos a todos aquellos en los que «concurran determinadas circunstancias, las cuales deben ser acreditadas», y que, previa acreditación en juicio por la parte trabajadora, permitirían obtener una compensación adicional, lo que supone una valoración caso por caso sin criterios preestablecidos.

⁸³ Vid. DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular, en materia de extinción del contrato de trabajo”, *Documentación Laboral*, nº 125, 2022, pp. 71 y ss.

⁸⁴ Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria?”, *RTSS (CEF)*, nº 469, 2022, pp. 241 y ss.

⁸⁵ Prudencia que se reclama insistentemente para evitar una aplicación directa de la Carta o de los criterios del CEDS que provoque disfunciones notables en el ordenamiento interno, al sustituir la voluntad del legislador por la voluntad de cada juzgador, gracias al control de convencionalidad difuso; vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española”, *Trabajo y Derecho*, nº 15, 2016 (smarteca).

⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A., *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿un principio en decadencia?*, BOE, Madrid, 2024, pp. 73 y ss.

demoraría años⁸⁷. Y también se resiente la correcta articulación del sistema de fuentes si se atribuye valor como fuente de derecho, o complemento del ordenamiento jurídico con valor similar a la jurisprudencia, a los productos que emanan del CEDS. Desde luego, los informes, dictámenes o conclusiones del CEDS cuentan con un valor, pero si ni siquiera la jurisprudencia del TS es fuente de derecho en sentido propio conforme al ordenamiento interno, es completamente desmesurado atribuir a las opiniones del CEDS fuerza vinculante para los tribunales.

Por supuesto, ello no significa que los jueces no puedan aplicar la Carta Social Europea, ni que deba ignorarse la jurisprudencia constitucional sobre el control de convencionalidad, ni que en la interpretación de los preceptos de la Carta deba menospreciarse la doctrina del CEDS. Esas son afirmaciones que no cabe sostener, porque los compromisos asumidos en los tratados internacionales deben ser respetados. Sin embargo, ese respeto debe producirse en el marco de cada tratado internacional, en los términos del compromiso que en cada caso se haya aceptado. Y la Carta Social Europea, por su propia configuración, no se presta a su aplicación directa, porque, como ya ha advertido el TS, su contenido es «muy heterogéneo» y «no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo». En esta línea, e «incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular», amén de que la Carta «forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada»⁸⁸, de modo que, por lo general, se convierte en un «resorte interpretativo auxiliar»⁸⁹. Por consiguiente, la utilización del control de convencionalidad de manera poco meditada provoca un quebranto notable de la seguridad jurídica, máxime si ni siquiera se atiende a las cautelas del TC⁹⁰.

⁸⁷ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Decisiones judiciales y ‘ruido’: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas laborales*, nº 166, 2023, pp. 58 y ss.; RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., “La ineficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *LABOS*, Vol. 2, nº 3, 2021, pp. 67 y ss.; GODINO DE FRUTOS, A., “La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea revisada: control de convencionalidad y posible reforma legislativa”, *Trabajo y Derecho*, nº 98, 2023 (smarteca).

⁸⁸ Cfr. STS de 28-3-2022 (recurso 471/2020).

⁸⁹ Cfr. STS de 11-5-2022 (recurso 1170/2021).

⁹⁰ Vid. SSTs de 23 y 29-3-2022 (recursos 963/2020 y 2142/2020), que se apoyan principalmente en la doctrina constitucional, y no en las normas internacionales, para resolver sobre la licitud, por un lado, del período de prueba en el contrato de apoyo a los

En estos términos, no corresponde a los tribunales la acomodación del ordenamiento a las prescripciones de la Carta cuando esta exige a los Estados una determinada configuración, porque no se trata en este caso de interpretar una norma a la luz de un tratado internacional, sino de ignorar la norma interna y sustituirla por un desarrollo normativo completamente nuevo. No cabe negar la existencia de una protección multinivel de determinados derechos (humanos, fundamentales y/o sociales), pero la existencia de varios niveles de protección no implica que todos ellos disfruten de una misma posición o desplieguen idéntica eficacia.

En el concreto caso de la indemnización por despido, es un exceso de todo punto inadmisibles, a la luz de la separación de poderes, que algunos tribunales se arroguen facultades que no les corresponden y decidan crear sus propios criterios sobre cómo ha de configurarse una «indemnización adecuada» o una «reparación apropiada». El Estado español se ha comprometido a reconocer ese derecho, pero aun cuando el Judicial sea uno de los tres poderes del Estado, no puede asumir determinadas facultades o competencias, como el desarrollo normativo de las obligaciones internacionales, máxime cuando no dispone de todas las herramientas para ello ni de la capacidad de decisión pertinente, sino que está constreñido por sus propias limitaciones.

Habrà de ser el legislador el que decida el modo de cumplir el art. 24 de la Carta, porque cuenta con varios modelos teóricamente admisibles. Los jueces habrán de aplicar esas reglas cuando sean aprobadas, pero hasta ese momento no pueden dotar de contenido a un precepto que no reconoce derechos subjetivos a los ciudadanos, sino que impone obligaciones al Estado. No en vano, sobre las mismas bases que se defiende la aplicación directa de la Carta podría llegar a justificarse que los jueces ignorasen las normas vigentes para atribuir un contenido completamente distinto a los derechos de seguridad social, a la vivienda o a cualquiera de los derechos reconocidos en los arts. 39 y ss. de la Constitución. A la postre, entender que las obligaciones que incumben a los poderes públicos en orden al desarrollo y garantía de ciertos derechos conceden amplias facultades de actuación a los tribunales cuando esos desarrollos y garantías se consideren insatisfactorios pone en riesgo el Estado de Derecho, porque permite que

empresarios y, por otro, del despido por absentismo. Ciertamente es que el TS llega a la conclusión de que no se estaban vulnerando esos tratados; vid. SSTs de 2-11-2022 (recurso 3208/2021) y 6-7-2023 (recurso 3501/2022).

cualquier juez cuestione y rectifique la opción legislativa cuando no considere que sea “adecuada”, “apropiada” o “suficiente”, conforme a estándares propios o ajenos. La Carta Social Europea podría requerir reformas, pero estas deben articularse a nivel normativo. El eventual incumplimiento no puede corregirse a través de interpretaciones más o menos imaginativas o arriesgadas de los tribunales, sino que, en su caso, cabrá exigir responsabilidades al Estado, como ya se indicó, pero acudiendo al cauce de la responsabilidad patrimonial.

En este escenario, y asumiendo que el Comité de Ministros recomendará a España atender a las observaciones del CEDS para acomodar la indemnización por despido al art. 24 de la Carta, el legislador podrá transitar por dos vías. En primer lugar, quizá se ignore la recomendación y se mantenga la configuración jurídica de la indemnización en los mismos términos. Se produciría, en este caso, una vulneración de la Carta, porque ese es el resultado que deriva de los mecanismos de supervisión pertinentes y a los que España libremente se ha acogido, si bien ese incumplimiento no provocaría aparentemente consecuencias jurídicas en el plano internacional, más allá del reproche que periódicamente supondrían las conclusiones del CEDS y las resoluciones del Comité de Ministros, que reiterarían el incumplimiento. En verdad, tanto la ausencia de instrumentos coercitivos, como las particularidades del propio sistema de supervisión, que en algunos aspectos recuerda a otras experiencias, como el método abierto de coordinación en el seno de la UE, ofrecen la impresión de que el Consejo de Europa no busca en este punto la atribución y reconocimiento inmediato de derechos subjetivos individuales, sino una armonización y progresivo acercamiento entre los distintos Estados parte, con el fin de ir construyendo paulatinamente un estándar mínimo de protección común sobre las bases que va edificando progresivamente el CEDS. Pero ni la Carta ni la doctrina del CEDS se conciben como instrumentos de aplicación directa ante los tribunales.

La segunda de las vías apuntadas consistiría en abordar una reforma legal para acomodar la regulación del despido al art. 24 de la Carta y conseguir en último término que el Comité de Ministros considerase que España efectivamente cumple ese compromiso y, en la nomenclatura propia de ese contexto, «cierre el procedimiento» con una resolución que declare la conformidad de España con ese precepto. Esa es, en apariencia, la opción preferida por las autoridades políticas, que han anunciado una reforma legal

con ese propósito. No obstante, se aprecia un reduccionismo en el debate planteado, y una cierta confusión entre el plano político y el jurídico.

El debate doctrinal, con claras connotaciones ideológicas y políticas, parece centrarse en la sustitución de la indemnización tasada por una más abierta en la que se incluyan cualesquiera daños sufridos por el trabajador, quizá porque esta configuración permite defender también su adopción inmediata en sede judicial, a partir incluso de criterios contruidos *ad hoc* por los tribunales y por la doctrina científica. Se pretende, en suma, un cambio de modelo inmediato en la práctica forense que sea confirmado, con las precisiones y matices que procedan, por el legislador a corto o medio plazo.

Sin embargo, resulta evidente que la declaración de no conformidad con el art. 24 de la Carta no restringe las opciones del Estado español de tal modo que sólo pueda encontrarse una posibilidad viable. Y convendría también evitar una instrumentalización del Derecho con el único fin de descartar opciones legítimas para justificar un determinado modelo. Dicho de otro modo, el hecho de que el ordenamiento español no se acomode a las prescripciones de la Carta Social Europea -la discrepancia con las conclusiones, informes y/o resoluciones del CEDS y del Comité de Ministros, por más legítima y fundada que pueda ser, no debe esconder que esos productos son el resultado del procedimiento de supervisión que España ha aceptado- no supone que se haya perdido cualquier margen de maniobra.

El legislador deberá valorar, en primer lugar, si se decanta o no por un cambio de modelo, debate que es ya clásico⁹¹. En este momento, el ordenamiento español distingue entre el despido lícito y el ilícito, y, dentro de este último, entre el despido improcedente y el más cualificado despido nulo, por afectar a derechos fundamentales. Es una opción perfectamente legítima, como también lo sería diferenciar exclusivamente entre despido lícito e ilícito, sin una subdivisión entre improcedencia y nulidad, de modo que todo despido ilícito conlleve la readmisión. Los dos son modelos jurídicamente válidos, que se acomodan a las obligaciones internacionales y a nuestro texto constitucional, porque no parece que la libertad de empresa cuente con tanta fuerza como para limitar esas opciones del legislador. En cambio, el art. 24 de la Carta Social Europea y el art. 10 del Convenio n°

⁹¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., «Itinerarios circulares del Derecho del Trabajo: del despido libre al despido indemnizado», *Relaciones Laborales*, n° 11, 2001, pp. 1 y ss.

158 OIT resultarían un obstáculo para configurar un sistema de despido con esa alternativa dual –licitud e ilicitud- en que el despido ilícito siempre conllevara indemnización, porque la doctrina del CEDS exige que al menos se contemple la readmisión, y la CEACR también se decanta por esa consecuencia en caso de vulneración de derechos fundamentales. La readmisión, así pues, no puede desaparecer absolutamente del elenco de consecuencias del despido ilícito.

En ese plano teórico, el legislador podría asimismo modificar el cálculo de cualesquiera indemnizaciones por extinción del contrato, con independencia de la calificación de la decisión empresarial, si bien en tal caso no podría justificar su opción en la necesidad de cumplir una norma internacional, porque el art. 24 de la Carta se refiere a los despidos «sin razón válida»⁹². Pero nada impediría configurar todas las indemnizaciones, incluidas las que derivan del despido objetivo o colectivo procedente, sobre parámetros similares a los que se establecerán para la indemnización por despido improcedente.

Desde esa concreta perspectiva, el art. 24 de la Carta ofrece a los Estados dos opciones a la hora de configurar las consecuencias de un despido ilícito. Por un lado, «una indemnización adecuada», que es el objeto principal de los debates hasta el momento, y sobre cuyo contenido y alcance se volverá en el epígrafe siguiente. Por otro, una «reparación apropiada», que se configura como alternativa a la indemnización. Desde luego, la readmisión, como se acaba de indicar, es una reparación apropiada, de modo que cabría elaborar un modelo de despido sin indemnización económica de ningún tipo, salvo, quizás, en caso de vulneración de derechos fundamentales.

En hipótesis, por tanto, las opciones están abiertas, porque estas normas internacionales lo que pretenden, o al menos pretendían en origen, es que el trabajador tuviera un sustento económico, en forma de indemnización o de prestaciones de seguridad social, tras un despido ilícito. El Convenio nº 158 OIT y el Estudio general de la CEACR de 1995 sobre dicho Convenio, ya citado, resultan suficientemente ilustrativos. La Carta Social Europea (revisada) parte de esa premisa, y por ello no alude solamente a la “indemnización adecuada”, sino también a la “reparación

⁹² Vid. MOLINA NAVARRETE, C., “La obsolescencia legalmente programada del despido improcedente en España. Por qué y cómo corregirla en virtud de la Carta Social Europea Revisada”, *LABOS*, Vol. 4, nº. 3, 2023, pp. 199 y ss.

apropiada”. Y la obligación no se imputa directamente al empresario, sino a las “partes”, es decir, es el Estado el que debe establecer un mecanismo para compensar al trabajador por el daño sufrido⁹³.

De este modo, no es posible encontrar un sustento jurídico de fortaleza suficiente para defender que la única opción posible es una indemnización disuasoria, ni en la Carta ni en el Convenio nº 158. Ni tampoco que la indemnización deba atender necesariamente a todos los daños que sufra el trabajador, porque algunos conectan con decisiones o expectativas puramente personales (deudas por préstamos hipotecarios, gastos familiares, en particular de los hijos, gastos personales desmedidos, escasa predisposición al ahorro...), y, obviamente, cabe que la reparación se proporcione por otras vías, en las que el Estado se involucre directamente de forma más intensa.

Desde una perspectiva exclusivamente teórica, el análisis sobre el carácter apropiado o no de la reparación no puede efectuarse sin atender a los mecanismos de protección social y a las condiciones del mercado de trabajo, porque el obligado a proporcionar esa satisfacción adecuada ante un despido ilícito es el Estado, y no estrictamente el empleador. Difícilmente cabría considerar que no se configura como una «reparación apropiada» un modelo basado en una prestación por desempleo de igual cuantía que el salario que se deja de percibir tras el despido, en particular si esa prestación contara con una duración ilimitada. O un escenario equivalente a aquél que en su momento se denominó “flexiguridad”, y que implicaba un dinamismo tal del mercado de trabajo que quien perdía un empleo podía encontrar nueva ocupación de manera inmediata y en condiciones equivalentes o incluso mejores. Se trata de modelos con cierto grado de utopía, pero que permiten ilustrar que la indemnización no es la única opción posible, ni el empresario el sujeto que debe afrontar íntegramente la responsabilidad de proporcionar esa reparación apropiada, porque el daño, en esencia, no deriva exclusivamente de la pérdida de un empleo, sino de otra serie de factores que no dependen del empleador. En suma, el modelo que se adopte podría no sólo centrarse en la compensación o reparación que debe recibir el trabajador despedido sin justa causa, sino también en prevenir y/o minorar ese daño, y, en cualquier caso, a la hora de diseñar el modelo no cabe partir de la premisa de que el carácter apropiado o adecuado de la reparación se

⁹³ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Decisiones judiciales y ‘ruido’: el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente”, *Temas laborales*, nº 166, 2023, pp. 48-49.

encuentra inescindiblemente conectado con el importe y configuración de la indemnización de despido, porque han de valorarse otros parámetros.

Sin embargo, los debates parecen haberse centrado principalmente en la sustitución de la actual indemnización tasada por otra más abierta, que tome en consideración varios elementos, de modo que compense el daño efectivamente sufrido por el trabajador, y quizá también que actúe como elemento disuasorio para futuras decisiones empresariales, en la línea, sin duda, de la doctrina del CEDS. En cualquier caso, incluso sobre esas premisas existen diversas configuraciones posibles y distintos elementos que pueden tomarse en consideración.

7. CRITERIOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN TOPE MÁXIMO

Una de las mayores críticas a la reforma de 2012, al menos desde determinados sectores sociales y doctrinales, se centraba en la nueva configuración del despido, y no sólo en relación con la delimitación de las causas objetivas, sino particularmente por la reducción del coste que suponía para el empresario. En lo que aquí interesa, se suprimieron los salarios de tramitación y se minoraba significativamente el importe de la indemnización en caso de despido improcedente con opción por la extinción del contrato. Esta última es una opción política legítima, como también lo sería una eventual modificación de esas reglas que mejorase la protección del trabajador. Sin embargo, desde un plano estrictamente jurídico, y atendiendo a los criterios del CEDS, ambas opciones podrían recibir reproche desde la perspectiva del art. 24 de la Carta Social Europea revisada, pues la reducción o elevación del número de días de cálculo o del límite máximo a percibir no es tan decisivo a estos efectos como el hecho de que la indemnización atiende a parámetros prefijados (salario y antigüedad), amén de encontrarse tasada, por lo que no cumpliría el propósito de resarcir totalmente del daño causado –más con la supresión de los salarios de trámite- ni contaría con elementos disuasorios.

Por consiguiente, el legislador, como se anticipaba en el epígrafe anterior, debe decidir, en primer lugar, el modelo de extinción contractual que desea implementar, y, por tanto, si el carácter adecuado o apropiado de la reparación por despido ilícito descansará íntegramente en la

indemnización por despido, con responsabilidad puramente empresarial, o entrarán en juego otros actores y elementos destinados a proteger al trabajador, como las políticas activas y pasivas de empleo. Las propuestas mayoritarias en estos momentos se decantan por una ampliación del elenco de supuestos de nulidad, no conectados necesariamente con la vulneración de un derecho fundamental, por la recuperación de los salarios de tramitación y por una modificación de la indemnización por despido improcedente, fijando un mínimo con independencia de la antigüedad del trabajador y eliminando su carácter tasado.

Es probable que, en el marco de la cuantificación de la indemnización se pretenda incorporar algún elemento que penalice al empleador para acentuar la vertiente disuasoria, aunque la propia elevación del importe de la indemnización podría causar ese efecto. Es claro, en cualquier caso, que atribuir naturaleza disuasoria a una indemnización genera ciertas dificultades conceptuales, porque puede derivar en un enriquecimiento injusto de quien recibe una compensación muy superior al daño sufrido. En otros ámbitos, pero también dentro de la rama social del Derecho, se han ensayado fórmulas que convendría explorar, y que convierten al erario público en beneficiario de esas cantidades adicionales que debe abonar el empresario infractor para no lucrarse ilícitamente.

Así sucede, por ejemplo, en relación con los extranjeros en situación irregular, que se encuentran técnicamente fuera del Sistema de Seguridad Social, y por ello el empleador recibe una prestación de servicios de menor coste que en caso de haber contratado a un trabajador en condiciones de regularidad, al no efectuar las cotizaciones correspondientes. Por ello, el legislador incrementó en su día el importe de la multa administrativa en estos casos con la «cuantía que resulte de calcular lo que hubiera correspondido ingresar por cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, desde el comienzo de la prestación del trabajo del trabajador extranjero hasta el último día en que se constate dicha prestación de servicios» (art. 48 Ley 62/2023).

Si se considera pertinente insistir en la finalidad disuasoria, cabría articular fórmulas similares para el despido improcedente, como por ejemplo una cotización adicional –que no repercuta en las prestaciones-aplicable a un futuro trabajador que se contrate para el puesto que dejó vacante el trabajador despedido ilícitamente (no parece razonable enfatizar el carácter disuasorio de despidos motivados por la amortización del puesto

y que puedan derivar en la improcedencia por simples defectos de forma). Por consiguiente, el carácter disuasorio al que se refiere la doctrina del CEDS no necesariamente debería implicar un incremento de la indemnización, sino que podría articularse a través de sanciones administrativas, siendo el beneficiario el erario público y no el trabajador.

En cambio, la indemnización parece jugar un papel mucho más protagonista en la efectiva reparación del daño causado, aunque tampoco es el único elemento a considerar. Los salarios de tramitación y la protección por desempleo también contribuyen a esa finalidad, de manera que los salarios dejados de percibir entre el despido y el reconocimiento de la ilicitud y las prestaciones por desempleo de duración y cuantía generosas reducirían el daño no compensado y, con ello, el eventual importe de la indemnización.

No obstante, el CEDS ha puesto particular hincapié en la necesidad de articular mecanismos para que el trabajador afectado pueda solicitar la reparación íntegra del daño, y por ello se opone a indemnizaciones tasadas. Cabría argüir que el ordenamiento español ya contempla esas vías, porque en caso de vulneración de derechos fundamentales el trabajador puede reclamar una indemnización adicional (art. 183 LRJS), tomando además en consideración que el daño moral se presume en caso de discriminación (art. 27 Ley 15/2022). Y quizá incluso podría defenderse que, pese a la jurisprudencia tradicional en el orden social, está abierta la posibilidad de solicitar una indemnización por daños y perjuicios en el orden civil⁹⁴, porque las reticencias del orden social a reconocer una indemnización adicional⁹⁵ no vinculan ni predeterminan lo que pudiera decidir la jurisdicción civil. Pese a ello, el CEDS ya ha declarado, como se desarrolló en el epígrafe 3, que estas vías para reclamar compensaciones adicionales han de ser operativas, debe demostrarse su eficacia práctica y no pueden quedar limitadas a la vulneración de derechos fundamentales. Desde luego, no cabría esgrimir que la posibilidad de solicitar esa reparación civil dentro del proceso laboral que se ha reconocido en el marco del trabajo penitenciario⁹⁶ es una doctrina susceptible de generalización, pues ese es un supuesto de características peculiares.

⁹⁴ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Compatibilidad de la indemnización por despido improcedente e indemnización por daños y perjuicios”, en https://ignasibeltran.com/wp-content/uploads/2024/03/2006_Compatibilidad.pdf.

⁹⁵ Por todas, vid. STS de 20-9-2007 (recurso 3326/2006).

⁹⁶ Vid. STS de 19-9-2023 (recurso 3351/2022).

En consonancia, una primera posibilidad con la que cuenta el legislador es reconocer explícitamente que los trabajadores despedidos de forma improcedente pueden acudir a la jurisdicción civil y recibir una indemnización adicional para compensar los daños no cubiertos por otras vías (indemnización, salarios de tramitación, desempleo, etc.). En tal caso, no habría dificultad para mantener la indemnización por despido en los mismos términos, porque el límite o tope máximo afectaría a la indemnización por despido como tal, pero no al montante de la reparación, que podría en último término resultar apropiada o adecuada en conjunto. Dicho de otra manera, la indemnización o reparación a la que se refiere el art. 24 de la Carta no debe identificarse estrictamente con la indemnización legal prevista para el despido en la legislación laboral, sino que abarca el conjunto de indemnizaciones o reparaciones a las que el trabajador puede acceder para ver compensado efectivamente el daño sufrido.

También aparecen varias opciones si los esfuerzos se focalizan en la remodelación de la indemnización puramente laboral. Sería posible, en principio, configurar una indemnización abierta que dependa exclusivamente de los daños sufridos por el trabajador. Más allá de que la judicialización de todo despido –para conseguir la declaración de ilicitud y, además, fijar la indemnización– pudiera resultar contraproducente para el normal devenir del mercado de trabajo y el funcionamiento de la justicia, una opción de esta índole supondría un riesgo para el trabajador en comparación con la configuración actual, porque el importe de su indemnización sería más reducido si no es capaz de probar adecuadamente un daño, o el daño no es de suficiente entidad.

Quizás es ésa la razón por la que se viene defendiendo que el legislador debe modificar el modo de calcular la indemnización, bien fijando un mínimo absoluto con independencia de la antigüedad, bien a partir del mantenimiento de las reglas actuales, pero eliminando el tope máximo y admitiendo cantidades adicionales si se prueban otros daños, bien a través de una combinación de esas fórmulas. El establecimiento de un importe mínimo, sobre todo si es elevado, también contribuiría al carácter disuasorio de la indemnización, al incrementar significativamente el coste del despido.

Como reiteradamente se ha indicado, todas ellas son alternativas perfectamente viables desde una perspectiva de política legislativa, y podrá

debatirse sobre su conveniencia u oportunidad, pero jurídicamente se ajustan a la Constitución y a los compromisos internacionales, inclusive a la doctrina del CEDS. Ahora bien, que sean alternativas posibles no es obstáculo para exigir del legislador el pertinente celo y cuidado en la configuración técnica de las normas, y, en particular, que las responsabilidades por daños se imputen conforme a cánones apropiados. En este sentido, y asumiendo que el legislador se decantará por configurar una indemnización cuya cuantía vendrá determinada total o parcialmente por los daños sufridos, es menester identificar los daños susceptibles de compensación por esta vía, pues no todos ellos pueden imputarse al empleador. A salvo de que se apueste por dar protagonismo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, descartada por Binding hace más de un siglo aduciendo que su aplicación sin medida haría culpable de adulterio al carpintero que fabricó la cama, no es fácil explicar por qué el empresario ha de afrontar las consecuencias de cualesquiera daños sufridos por el trabajador.

Debe tenerse presente que el art. 24 de la Carta revisada atribuye la responsabilidad al Estado, y este, en apariencia, va a transferir íntegramente esa responsabilidad al empresario, una opción legítima de política legislativa, pero no la única. De alguna manera, se culpabiliza al empleador de cualesquiera perjuicios que sufra el trabajador, y se entiende que es el único responsable de proporcionar una indemnización o reparación adecuada por el daño causado, sin que se haya precisado cuál es el catálogo de daños que debe tomarse en consideración a estos efectos. Como antes se advirtió, el daño efectivo depende de factores incontrolables para el empleador, desde la salud y dinamismo del mercado de trabajo hasta la propia conducta del trabajador o la generosidad de la protección por desempleo.

En función del escenario concreto, cabe plantear muchas preguntas. Por ejemplo, la reparación adecuada exige que se compense la pérdida de ingresos entre la decisión empresarial y la declaración de ilicitud del despido, lo que remite a los salarios de tramitación, pero las posibilidades de articulación jurídica son numerosas. Nada impediría que la norma se decantase por un reconocimiento inmediato de la improcedencia, como ya ocurrió, disminuyendo el tiempo de incertidumbre, amén de que la mayor o menor duración de los procedimientos judiciales no suele ser responsabilidad del empleador. También cabría valorar si el trabajador ha buscado otro empleo en ese período, o si estaba satisfecho o conforme con

sus condiciones de trabajo, porque el daño causado dependerá de esos elementos, entre otros.

Sin embargo, no es claro, en esta clase de situaciones, qué debe probarse, y ni siquiera si el empleador puede probar en contrario, ni cuál es la intensidad de la prueba, en particular si entra en juego alguna presunción de daño efectivo. De algún modo se presume que el despido causa un daño, comenzando por el lucro cesante, que vendría dado por la diferencia entre la protección por despido y el salario dejado de percibir. Más allá de que, en función de las circunstancias, la prestación por desempleo pudiera exceder de ese último salario, esa diferencia viene motivada por la configuración de la protección por desempleo, que se decanta por importes poco elevados para incentivar la obligación genérica de “actividad” en la búsqueda de empleo por parte del desempleado. Dicho de otra forma, no es tanto que la cobertura plena de la pérdida de ingresos a través de la indemnización (a modo de “mejora voluntaria” de la prestación por desempleo) pudiera incluso motivar al legislador a ser más cicatero con la protección por desempleo, sino que compensar íntegramente la diferencia de importe entre la prestación por desempleo y el salario que se venía percibiendo en el último empleo es contrario a la finalidad –y probablemente a la eficacia- de las políticas de empleo.

Asimismo, en ocasiones se aduce que el despido, y más el ilícito, afecta a la dignidad y puede provocar un estigma social, amén de daños psicológicos por el impacto en la autoestima. O se incluyen entre los daños potencialmente reparables la dificultad para encontrar otro empleo, por factores como la edad o el sexo, o la necesidad de acomodación o ajuste vital por la pérdida de ingresos, toda vez que el afectado debe hacer frente a las necesidades personales y familiares sin los ingresos que derivan del trabajo⁹⁷. Y no siempre se integran en el debate otros factores, como el tamaño/salud económica de la empresa –dependiendo del importe de la indemnización la propia supervivencia del negocio podría verse afectada- o las razones esgrimidas, porque la calificación de improcedencia no siempre se debe a la falta de causa, sino a la insuficiencia de esta, que es una cuestión que se adentra en el terreno valorativo o de proporcionalidad (*v.gr.*, despido disciplinario).

⁹⁷ Vid. PAZOS PÉREZ, A., “Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada en el despido improcedente”, en CASAS BAAMONDE, M.E. (Coord.), *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2023*, Cinca, Madrid, 2024, pp. 217 y ss.

Las propuestas, hasta el momento, se centran en modificar el modo de cálculo de la indemnización atendiendo principalmente al daño producido al trabajador, y parece responsabilizarse al empleador de las eventuales desventuras vitales, personales y familiares de los trabajadores despedidos, lo que resulta curioso en nuestro ordenamiento, porque ese grado de culpabilización, en cierto modo moral, se ha abandonado en otros ámbitos donde la ruptura de un contrato sí causa *per se* un daño personal/emocional, como es el matrimonio. Mientras el Derecho Civil ha optado una configuración no culpabilística de la separación y el divorcio, el Derecho del Trabajo camina hacia la atribución de responsabilidad integral al empresario, aunque determinadas consecuencias pudieran, y seguramente debieran, ser remediadas por cauces distintos. Cabe anticipar que los empleadores tomarán en consideración algunas de estas circunstancias en las decisiones sobre contratación si potencialmente afectan a la indemnización por despido, sin perjuicio de que el principio de no discriminación pudiera resultar operativo. Conviene insistir en que esta vertiente de culpabilización en el despido encierra cierto grado de reproche moral, aun cuando trate de encajarse en el carácter disuasorio de la indemnización, porque en último término entronca con las propuestas de reforma de despido que no proponen combatir todo despido ilícito *per se*, sino especialmente el que carece de causa o trata de justificarse a través de una razón inventada.

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la invocación constante, en este terreno de la cuantificación de la indemnización, de la dignidad, la autoestima o el sufrimiento del trabajador, o de la fuerza económica del empresario, y la construcción de respuestas en términos de justicia o injusticia, plantean numerosas incertidumbres, y obviamente cabría valorar otros elementos, como el clima laboral, por ejemplo, pues en ausencia de buen ambiente en el trabajo la pérdida parece menos dañosa. En cualquier caso, conviene insistir en que la preferencia entre una indemnización por despido abierta o una tasada, que desde luego favorece la previsibilidad y la certidumbre, es una cuestión de política legislativa, y no estrictamente jurídica. No sería en absoluto contrario a la Carta Social Europea un modelo de indemnización por despido tasada en la legislación laboral si se habilitaran otras vías (*v.gr.*, jurisdicción civil) para que el trabajador pudiera obtener una compensación adicional cuando pruebe que todos los daños sufridos no han sido compensados.

8. CONSIDERACIONES FINALES

Desde muchas perspectivas diferentes, los cambios sociales, económicos, tecnológicos y, en general, de dinámicas a todos los niveles han dado lugar a un contexto con características muy particulares, que repercuten en ámbitos muy distintos, y que alcanzan al debate jurídico. En efecto, ciertos comportamientos, actitudes o emociones humanas que tradicionalmente venían circunscribiendo sus manifestaciones más visibles a ámbitos políticos, ideológicos o culturales se hacen notar también en el contexto de lo jurídico. Así sucede por ejemplo con la nostalgia (al margen de la vertiente propiamente personal o familiar), pues se detecta cierta añoranza por modelos o instituciones de otra época pese a que el legislador, o quizá la jurisprudencia, decidieron en su momento abandonarlos, como sucede con el despido radicalmente nulo o en fraude de ley.

Es probable que esa nostalgia se combine en ocasiones con una sensación de derrota, que no quiere aceptarse, y que conduce a la rebeldía o al inconformismo, de modo que a menudo se (re)abren debates – cíclicamente-, y ya no con la intención de aportar argumentos científicos que permitan construir propuestas sólidas de *lege ferenda* que mejoren el modelo vigente, sino de demostrar que el criterio del que se discrepa no tiene cabida en el ordenamiento. Con tal fin, se construyen argumentos basados bien en el alcance de los derechos fundamentales, bien en la aplicación de normas internacionales, vertiente en auge en los últimos tiempos gracias al control de convencionalidad. Es esta una operación cada vez más frecuente, porque una eventual victoria supone zanjar el debate hacia el futuro. Ya no se estaría en presencia de una elección entre modelos legítimos, elección que corresponde al legislador, sino que se predetermina un único modelo posible de acuerdo a principios, valores o normas superiores e indisponibles para el legislador ordinario.

Como es evidente, esta forma de proceder no siempre es compatible con la ortodoxia de la técnica jurídica, e incluso en ocasiones puede violentar las estructuras de un Estado de Derecho, porque supone disfrazar de obligaciones o mandatos jurídicos ciertas posiciones ideológicas, coartando las facultades del legislador al eliminar del espectro de decisiones legítimas algunas opciones que en puridad deberían ser admisibles, y más en un contexto como el español, que se sustenta en una

Constitución de tipo abierto precisamente para permitir que el legislador elija un modelo de entre los varios posibles. Sin embargo, las interpretaciones pretendidamente jurídicas que tratan de limitar al legislador chocan con la división de poderes, porque suponen, en último término, que los tribunales restringen las opciones a disposición del legislativo, a veces ofreciendo una única alternativa viable.

Resulta imprescindible no entremezclar los deseos y la realidad, y no presentar como exigencias jurídicas lo que no son más que opciones o alternativas, a menudo con un sustento ideológico muy marcado. La elección del modelo concreto corresponde al legislador, y no a los juristas, aunque el jurista haya de precisar los límites que no deben sobrepasarse en cada caso. Es también criticable que desde el ámbito político se utilice el Derecho, o a una organización u ente internacional, como coartada para justificar cambios eludiendo el debate político. El impulsor de las normas debe asumir las consecuencias y daños colaterales de las decisiones que toma, si es que los hubiera, como la rigidez del mercado de trabajo o la sobrecarga de trabajo en los tribunales de lo social, que puede generar disfunciones. Por ejemplo, si los procedimientos se dilatan excesivamente ante la judicialización de todo despido el empleador deberá hacer frente a sobrecostes (al incrementarse los salarios de tramitación, que en apariencia se recuperarán), y esa carga adicional es producto exclusivamente de un funcionamiento administrativo anómalo, o no eficiente, contra el que en hipótesis se podría reclamar (y ese coste se socializaría, porque la indemnización se abonaría con dinero público).

En cualquier caso, no resulta admisible apoyarse en argumentos artificiales, autorreferenciales o incluso falaces para crear la falsa impresión de que sólo existe un único camino posible, ni en general, ni en este concreto escenario de la indemnización por despido. Por supuesto, es posible revivir el despido radicalmente nulo, bien para ampliar los supuestos actuales de nulidad, bien para incrementar el importe de la reparación económica. También es claro que el cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado conforme a la Carta podría derivar en la imputación íntegra al empresario de cualesquiera daños sufridos por el trabajador despedido, incluso aquellos que derivan de la frustración personal del trabajador, de las vicisitudes del mercado de trabajo, de los estigmas sociales, de las decisiones personales equivocadas, etc. Y también cabría, pese a la ausencia de apoyo en la Carta Social Europea, que se elimine el

carácter tasado de otras indemnizaciones por extinción del contrato, para que compensen efectivamente el daño sufrido por el trabajador.

Todas ellas son opciones políticas legítimas, pero jurídicamente el legislador cuenta con otras alternativas. En último término, cada vez se aprecia con mayor claridad que el recurso constante e insistente a ciertas normas internacionales o a la doctrina de determinados entes no es más que un pretexto para impulsar un concreto programa de reformas, con contenidos más ambiciosos que los que derivan de esa normativa internacional invocada y con una menor oposición o confrontación de ideas al presentar como única alternativa viable lo que no habría de ser más que una de las opciones a disposición del legislador.

En fin, es razonable que los operadores jurídicos discrepen de la oportunidad o el contenido de normas internas, especialmente cuando se rebaja la intensidad de la tutela de derechos previamente reconocidos. Sin embargo, la discrepancia ideológica o de principios no puede condicionar la interpretación jurídica, y no justifica la atribución de eficacia normativa o vinculante a instrumentos de marcado carácter orientador o propositivo, que pretenden impulsar reformas, pero que por sí mismos no despliegan eficacia directa. La creación de un umbral mínimo de protección aplicable a un grupo de Estados determinado exige de una infraestructura marcadamente jerárquica donde los criterios se elaboren e impongan desde los estratos superiores a los inferiores, y nunca a la inversa.

De lo contrario, es inviable que una operación de esa índole puede articularse sin distorsiones significativas, máxime si se acepta que cualquier juez nacional realice un control de convencionalidad. En el contexto de la Carta Social Europea, si cualquier juez (de cualquier Estado firmante) puede decidir qué preceptos son de aplicación directa y el grado de vinculación con la doctrina del CEDS –y no sólo la dictada en las conclusiones que afectan específicamente a su propio país-, el resultado es una aplicación desigual entre los Estados parte. A la postre, las insuficiencias de la Carta se deben a su propia configuración, y a la voluntad de los Estados de no convertir al CEDS en un órgano jurisdiccional ni atribuir al TEDH competencias para la interpretación de la Carta. Las iniciativas en ese sentido no han prosperado y esa realidad no puede ser ignorada a partir de interpretaciones interesadas que concedan poderes exorbitantes al CEDS o a su doctrina –en ocasiones incluso como medio para superar o rebatir criterios del TEDH que no se consideran adecuados desde la perspectiva de

la promoción de los derechos sociales-, pues no son medios jurídicamente aptos para conseguir ese fin.