

LA INFLUENCIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

THE INFLUENCE OF THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER IN SPANISH JURISPRUDENCE*

Rosario Cristóbal Roncero**
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Planteamiento del tema; 1.1. Sobre la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea; 1.2. Sobre el control de convencionalidad; 1.3. Sobre la vinculación de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales y su influencia en la jurisprudencia. –2. La Carta Social Europea y su aplicación por los órganos de la jurisdicción social. –3. Conclusiones.

RESUMEN

Se analiza la influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española. Se examina la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el control de convencionalidad y la vinculación de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales en la jurisprudencia. Se repasa el camino recorrido por los Juzgados de lo Social y la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia hasta llegar a los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la aplicación de un instrumento jurídico de contenido tan heterogéneo, como es la Carta Social Europea.

ABSTRACT

The influence of the European Social Charter on Spanish jurisprudence is analyzed. The direct applicability of the European Social Charter, the latest doctrine of the Constitutional Court on the control of conventionality and the binding of the decisions of the European Committee of Social Rights in case law will be examined. It reviews the way taken by the Social Courts and the Social Chamber of the High Courts of Justice up to the recent pronouncements of the Supreme Court on the application of a legal instrument with such a heterogeneous content as the European Social Charter.

Palabras clave: Carta Social Europea, control de convencionalidad, Comité Europeo de Derechos Sociales, aplicabilidad directa, doctrina judicial y jurisprudencia.

Key words: European Social Charter, control of conventionality, European Committee of Social Rights, direct applicability, jurisprudence.

* Recibido el 6 de junio de 2022. Aprobado el 13 de junio de 2022.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

En este artículo se trata de analizar la influencia de la Carta Social Europea (en adelante, CSE) en la jurisprudencia española, es decir, se pretende determinar qué grado de incidencia tiene la CSE en la jurisdicción social.

A esta cuestión, se podría contestar, aunque con matices, que la repercusión de la Carta Social Europea sigue siendo escasa en nuestra jurisdicción. Entre los posibles motivos, cabría citar entre otros: 1) La no ratificación por parte de la Unión Europea de la CSE¹. 2) La particularidad del propio proceso de ratificación, 3) la asignación de la vigilancia del cumplimiento de la Carta al «Comité Europeo de Derechos Sociales» (CEDS), que recaba información de los Estados y emitir informes invitando a su seguimiento y, 4) la eterna controversia sobre la eficacia de la norma internacional, es decir, se cuestiona si la norma internacional que recoge esos derechos sociales es «autoejecutable» (self-executing)².

En consecuencia, los principales obstáculos que se detectan para precisar el grado de incidencia de la CSE en la jurisdicción social, serían, por un lado, la ordenación de cómo se debe realizar ese control jurisdiccional en relación con la legislación interna o las actuaciones concretas que pudieran resultar contrarias a las disposiciones de la CSE: el llamado “control de convencionalidad” y sus límites, y, por otro, sería la verificación de si existe (o no) una vinculación obligatoria de los órganos internos a la conclusiones y decisiones del CEDS³.

Se trata de una cuestión controvertida, no exenta de un intenso debate en los Tribunales y en la doctrina especializada, en el que se alzan voces muy cualificadas que se manifiestan en sentido contrario, y cuyo panorama ha cambiado tras la publicación del Instrumento Internacional ratificando el protocolo adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectiva⁴.

Recientemente se ha pronunciado el Tribunal Supremo sobre la aplicación directa de las normas internacionales por los Tribunales españoles⁵. En esas sentencias se ha admitido el papel relevante que desempeña la Carta Social Europea a la hora de interpretar nuestras normas. Ahora bien, a pesar de la satisfacción que han supuesto tales pronunciamientos, lo novedoso es la cautela que el propio Tribunal Supremo muestra en estas las sentencias en la aplicación de las normas internacionales⁶. Vayamos por partes.

1.1. Sobre la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea

La Carta Social Europea recoge un elenco de derechos sociales fundamentales, lo que se ha denominado la versión «social» de la Carta Europea de Derechos Fundamentales⁷.

¹ En efecto, el Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009 no ha favorecido su adhesión al mismo. En 2013 se ultimó un preacuerdo de adhesión, aunque esta no se haya aún producido.

² Es decir, si puede crear derechos y obligaciones entre particulares, y solo en tal caso, podría invocarse ante los tribunales internos como fundamento de las pretensiones por parte de la ciudadanía, o, por el contrario, es precisa la aprobación de normativa interna que desarrolle la regulación de tales derechos, en 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”, en *Trabajo y Seguridad Social*, CES, núm. 460, 2021, p. 178.

³ GARRIDO PALACIOS, M. A.: “A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español”, *Foro de Labos*, vol. 2, n.º 2, pp. 103-105.

⁴ BOE 28-06-2022.

⁵ SSTS STS 252/2022, de 23 de marzo, 268/2022, de 28 de marzo, 270/2022, de 29 de marzo.

⁶ GOERLICH PESET, J. M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *Blog Foro de Labos*, 11-05-2022.

⁷ En palabras de SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J. M., configura, así, lo que podría denominarse la «Constitución Social de Europa», en “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”, cit., p.179.

La Carta Social Europea (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio de ese mismo año.

La Parte II de la CSE engloba un rico contenido de derechos laborales y sociales, introducidos por la regla general conforme a la cual "Las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes". Dentro de esa Parte II se encuentra el artículo 4.º, sobre "derecho a una remuneración equitativa"; como una de sus manifestaciones, los Estados se comprometen "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de la relación laboral" (apartado 4). El citado artículo cuarto finaliza disponiendo que "el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concluidos, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales". Asimismo, en el Anexo se advierte que el artículo 4.4 "se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave". La ratificación española a la CSE originaria no contiene reserva alguna sobre ese artículo⁸.

La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación hasta el 29 de abril de 2021 (BOE 11 junio 2021). En BOE 8 de junio de 2021 aparece asimismo el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021⁹.

Este acto de ratificación implica un avance significativo en favor de la defensa y promoción plenas de los derechos laborales y sociales reconocidos en la Carta¹⁰. En este sentido, supone no sólo la asunción del compromiso de nuevos derechos si no también el acceso por parte de las organizaciones sindicales al Comité Europeo de Derechos Sociales para denunciar los casos concretos que puedan ser vulneradores de tales derechos (protocolo de reclamaciones colectivas¹¹.

Tanto la doctrina como los Tribunales mantienen un interesante debate científico entre aquellos que consideran que sus disposiciones son "non self-executing"¹² y otros muchos autores

⁸ MOLINA NAVARRETE, C.: "España ratifica la Constitución Social de Europa ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460 (2021), p. 7.

⁹ BOE 28-06-2021. Recuérdese que hasta la fecha han ratificado la Carta Social Europea 35 países. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación, cuyo proceso se puso en marcha en 2020, tras un informe del Consejo de Estado que señalaba la necesidad de que fuese autorizada por las Cortes Generales (BOE de 11 de mayo de 2020).

¹⁰ Un pormenorizado y magnífico estudio sobre los derechos de Seguridad Social en la CSE, lo encontramos en MONEREO PÉREZ, J. L.: *La Garantía de los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea en tiempo de crisis*, Ed. Laborum, 2021

¹¹ RAMOS QUINTANA, M.: "La ratificación por España de la Carta Social europea (revisada): su relevancia ante la inminente reforma laboral", *Trabajo y Derecho* 81/2021, p. 4.

¹² Entre ellos, destaca: GARCÍA-PERROTRE ESCARTÍN, I.: "Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, carta Social Europea y reforma laboral", *Trabajo y Derecho* núm. 15, 2016, GOERLICH PESET, J. M.: *(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿Activismos o autocontención judicial? Foro de Labos 2021.6044*; ALZAGA RUIZ, I.: "La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos (1)" cit., p. 13. SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA defiende la inaplicabilidad directa de la CSE sobre los siguientes argumentos: a) análisis de la estructura de la Carta, que distingue tres partes diferenciadas y de las que algunas son claramente programáticas y que según estiman extienden ese efecto de mera enunciación de principios a

que entienden que sus disposiciones son de aplicación directa¹³. En efecto, existe una considerable división, tanto en los órganos jurisdiccionales, como en la doctrina a favor de una u otra postura:

a) En cuanto a nuestra doctrina, un sector importante considera que nuestro sistema es “dualista moderado”¹⁴, si bien se advierte también que convendría transitar el denominado “camino intermedio”¹⁵.

b) Por lo que se refiere a los órganos jurisdiccionales, no hay una postura unívoca sobre la consideración de los efectos “self executiv” de los derechos reconocidos en la CSE, siendo, no obstante, la postura mayoritaria la que determina que los derechos reconocidos en la CSE no son self-executing, es decir, no son derechos invocables en un concreto pleito frente a particulares)¹⁶.

Así, los órganos jurisdiccionales se han dividido entre los que aceptan la ejecutividad directa de los derechos de la CSE y los que la rechazan. Siendo mayoritaria la postura que sostiene que los derechos reconocidos en la CSE no son “self-executing”: las obligaciones de la Carta son mandatos internacionales a los diversos Estados para que acomoden su legislación a esos mínimos de protección social. Por tanto, en principio, no tendrían aplicabilidad directa. A pesar de ello, son muchos los juzgados de lo social que –cada vez más– optan por aplicar la Carta. No sólo promueven su aplicación si no que atienden, especialmente, a la doctrina especializada en la CSE¹⁷.

todo su articulado; b) la debilidad de la CSE en cuanto a su valor jurídico, cuya aplicabilidad está sometida únicamente a la supervisión que se contempla en la parte IV, c) tomando como punto recientemente ratificada por España y, cuando no redactados los derechos allí expresados bajo el paraguas de la obligación de «reconocer» y de «comprometerse», siendo esta –en principio– impropia de las normas que generan obligaciones directas entre particulares, y finalmente culminan la argumentación con base en que el protocolo de reclamaciones colectivas, no había sido ratificado por España (hasta hace escasos días), y que, además, no exige para su planteamiento el haber agotado las vías internas, en “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”, en *Trabajo y Seguridad Social*, cit., págs. 181-204. Este último aspecto podría configurar el síntoma determinante de la obligatoriedad de la Carta, argumento que quedaría desdibujado tras la reciente ratificación por España del procedimiento de reclamaciones colectivas. No obstante, estas manifestaciones han quedado en buena medida desfasados, sobre todo, porque la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas ha difuminado el principal argumento para no defender la inaplicabilidad de la CSE.

¹³ Destaca SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”. *Trabajo y derecho*, núm.13/2016; JIMÉNEZ QUESADA, L.: “El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea”, *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, núm. 16/2020, p. 25. Para estos autores, se apoyan precisamente en una lectura distinta de los tres aspectos esenciales: la propia estructura de la Carta, los términos usados en la regulación de los derechos que se proclaman y, finalmente, en las reclamaciones colectivas.

¹⁴ ALZAGA RUIZ, I.: “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos (1)”, *Trabajo y Derecho*, núm. 64, 2020, p. 13.

¹⁵ 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”, cit., p. 189. En efecto, propone, el autor, siguiendo a Akandji-Kombé, que habrá que ir disposición por disposición del tratado o convenio para solventar si su regulación es lo suficientemente concreta, clara, precisa, directa e incondicional y, por ende, exigible entre particulares y esgrimirse como el fundamento en una contienda judicial. Es lo que se ha llamado el análisis de la “justiciabilidad” de la Carta Social Europea, cit., p. 181.

¹⁶ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Carta Social Europea y reforma laboral española”. *Trabajo y Derecho*. Núm. 15/2016, pp. 18-44.

¹⁷ GARRIDO PALACIOS, M. A: *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del Trabajo en el isulaboralismo español*, Ed. Tirant lo blanch, 2022, en prensa.

En este contexto merece la pena resaltar los conflictos suscitados en torno al período de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores, respecto del que algunos juzgados de lo social dejaron de aplicar los correspondientes preceptos (art. 1.2 y la Disp. Transit. 9.ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) por entenderlos contrarios a la Carta Social Europea¹⁸.

Por todos es sabido que esta modalidad contractual acabó siendo derogada (manteniendo la validez de los ya celebrados) en el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, atendiendo las exigencias del propio régimen jurídico de la modalidad contractual (Disp. Transit. 6.ª RDL 8/2018), que determina la pérdida de su vigencia, una vez que la tasa de desempleo se sitúa por debajo del 15 %¹⁹.

Por su parte, la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de los TSJ también se ha pronunciado sobre la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea. Hemos encontrado algunos votos particulares en sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de País Vasco, Cataluña y Canarias/Las Palmas²⁰, que se pronuncian a favor de la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea y de las decisiones emanadas del CEDS por los Tribunales.

En todo caso, aunque sean escasos los pronunciamientos en estos términos, lo cierto es que el avance hacia una aplicación directa de los derechos de la CSE es innegable, puesto que el debate está siendo recogido por las diferentes Salas de los TSJ; siendo uno de los casos más paradigmáticos, el ya referido a la validez o no del periodo de prueba de un año de los contratos de apoyo a los emprendedores.

En un breve espacio de tiempo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres ocasiones sobre la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea en nuestro Ordenamiento interno. Las sentencias de 16 de marzo de 2022²¹ y de 23 de marzo de 2022²² se han ocupado de valorar el ajuste de la Carta Social Europea al derogado contrato de apoyo a emprendedores y su período de prueba de un año, mientras que la STS de 29 de marzo de 2022²³ ha enjuiciado el despido objetivo, admitiendo en todos los pronunciamientos que la Carta Social Europea juega un papel importante a la hora de interpretar nuestras normas. Más adelante insistiremos sobre este particular.

1.2. Sobre el control de convencionalidad

Una vez advertidas las dificultades, cada vez más matizadas, sobre la aplicabilidad directa de la CSE, conviene repasar también los obstáculos referidos al modo y manera de efectuar el control jurisdiccional en relación con la legislación interna o las actuaciones concretas que pudieran resultar contrarias a las disposiciones de la Carta social europea: el llamado control de convencionalidad²⁴.

¹⁸ Lo más curioso de este caso, indica CANOSA USERA, R. es “que el Tribunal Constitucional acabó declarando constitucional ese precepto inaplicado por los jueces y juezas de lo social, pero poco tiempo después el CEDS (Conclusiones de 2014) apreció su no conformidad con la CSE”, en *Control de convencionalidad*, Civitas, 2015, p. 112.

¹⁹ Otros asuntos abordados por los juzgados de lo social en los que la Carta de Derechos Sociales jugó un relevante papel aplicándose directamente fueron los relativos a la desvinculación del incremento de las pensiones al IPC y la imposibilidad de asimilación del tiempo de disponibilidad o guardia no presencial a tiempo de descanso.

²⁰ STSJ Canarias/Las Palmas 73/2017, de 31 de enero.

²¹ STS 268/2022, Recurso 471/2020. Ponente: Antonio Vicente Sempere Navarro.

²² STS 252/2022, Recurso 963/2020. Ponente Jun Molins García-Atance.

²³ STS 270/2022, Recurso 2142/2020. Ponente Jun Molins García-Atance.

²⁴ ALONSO GARCÍA, R.: “Control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 119, 2020, pp. 13-51

En este punto, la controversia jurídica entre detractores y defensores del control de convencionalidad parece estar ya superada, en tanto que el avance hacia el encaje del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento jurídico es innegable. Recuérdese que la STC 119/2014, de 16 de junio de 2014, resolvió, en Pleno, el recurso de inconstitucionalidad 5603-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Derechos a la igualdad, la tutela judicial efectiva, la libertad sindical, al trabajo y a la negociación colectiva: constitucionalidad de los preceptos que regulan el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores y reforma el régimen de negociación colectiva, que contó con un importante voto particular, apartándose la sentencia constitucional del control de convencionalidad, es decir, del uso de la norma internacional del trabajo cuando sea más favorable que la norma de derecho interno.

Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2018, de 20 de diciembre²⁵ marca, sin embargo, un punto de inflexión a favor del control de convencionalidad, descartando que exista un modelo de jurisdicción universal en nuestra Constitución para, al mismo tiempo, explicitar la necesidad del control en cuanto al canon internacional por el juez ordinario²⁶.

Tras esta decisión, aprobada en Pleno, aunque con un Voto particular, se viene a cerrar casi sin fisuras el debate sobre el control de convencionalidad, toda vez que ha sido admitido por la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional²⁷.

En tal sentido, se aclaran las líneas de actuación del juez ordinario: “puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto”²⁸. En palabras del Tribunal Supremo, “el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”²⁹.

En definitiva, el control de convencionalidad parece que “vigoriza”³⁰ el control de constitucionalidad, en tanto que “el marco jurídico constitucional existente erige al control convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”³¹, que queda, “en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional”³².

²⁵ Recurso de inconstitucionalidad 3754-2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso frente a la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal. Principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad, interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados y acuerdos internacionales, derechos de igualdad y a la tutela judicial efectiva (acceso a la justicia): constitucionalidad de la ley orgánica que da nueva regulación a la competencia de la jurisdicción española para la represión penal extraterritorial de ciertos delitos. Voto particular (BOE 25-01-2019).

²⁶ Nunca el Tribunal Constitucional se había pronunciado de forma más abierta y expresa a favor del control de convencionalidad. Esta sentencia ha sido criticada por ALONSO GARCÍA, R.: “Control de convencionalidad: cinco interrogantes”, cit., pp. 13-51, en tanto que estima que “erróneamente se ha extrapolado el paradigma jurídico interamericano cuando este no se pronuncia por el control difuso o el concentrado”, y considera que, “al pie de esta resolución, se ha producido el aumento del parámetro de control de las leyes más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad desde el marco institucional”.

²⁷ PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La Carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Ed. Bomarzo, 2022, p. 31.

²⁸ SSTC 10/2019, de 28 de enero (FJ 4.º).

²⁹ STS 268/2022, de 28 de marzo, Rec. Número 471/2022.

³⁰ GARRIDO PALACIOS, M. A.: “A vueltas con el control de convencionalidad: avances y retrocesos de la aplicación de la norma internacional en el ordenamiento jurídico laboral español”, cit., p. 16.

³¹ STC 120/2021, de 31 de mayo (FJ 3.º).

³² SSTC 10/2019 (FJ 4.º), 23/2019, (FJ 2.º), 35/2019 (FJ 2.º), 36/2019 (FJ 2.º), 80/2019 (FJ 3.º) y 87/2019

1.3. Sobre la vinculación de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales y su influencia en la jurisprudencia

En este contexto, sólo resta por analizar si existe una vinculación obligatoria de los órganos internos a las conclusiones y decisiones del CEDS, es decir, se trata de dirimir si estas resoluciones configuran o conforman, realmente, “jurisprudencia”³³ vinculante para nuestros Tribunales.

Cabe recordar que el control de cumplimiento de los derechos recogidos en la CSE le corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales³⁴. Su función consiste en controlar la aplicación que los diferentes Estados que han suscrito la carta Social Europea hacen de los derechos en ella reconocidos y si ofrecen el nivel de protección necesario.

Esta tarea de vigilancia y control permite fijar los criterios de la correcta aplicación de las normas laborales en los Estados que han suscrito la CSE revisada, en concordancia con lo dispuesto en ella. La concreción y la delimitación del contenido de los derechos laborales y sociales que la Carta recoge es labor definitivamente encomendada al Comité³⁵.

Esta labor se desarrolla en un doble plano. Por un lado, a través de las conclusiones a los «informes» que emite tras recabar datos a los diferentes Estados y a las organizaciones afectadas (sindicatos, organizaciones empresariales y supraempresariales, etc.) y por otro, de las «decisiones» que el Comité adopta respecto de los procesos de reclamaciones colectivas.

Esta tarea de vigilancia y control se desarrolla en un doble plano. Por un lado, a través de las conclusiones a los «informes» que emite tras recabar datos a los diferentes Estados y a las organizaciones afectadas (sindicatos, organizaciones empresariales y supraempresariales, etc.) y por otro, de las «decisiones» que el Comité adopta respecto de los procesos de reclamaciones colectivas³⁶.

Sobre estas fórmulas de actuación del CEDS también se han vertido opiniones doctrinales a favor³⁷ y en contra³⁸ con argumentos sólidos y elaborados en un caso y otro.

³³ SSTC 10/2019 (FJ 4.º), 23/2019, (FJ 2.º), 35/2019 (FJ 2.º), 36/2019 (FJ 2.º), 80/2019, (FJ 3.º), (FJ 4.º) 87/2019 (FJ 6.º), citadas por 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”, cit., pp. 186-187.

³⁴ Regulado en el artículo C de la Carta revisada, que se remite a la parte IV de la Carta modificada por el Protocolo de Turín, y que en su artículo 25 establece la configuración de un Comité de Expertos Independientes (desde 1998 se cambió su denominación a Comité Europeo de Derechos Sociales) de, al menos, 9 miembros –hoy son 15– elegidos por el Comité de Ministros de una lista de personas expertas de la máxima integridad y competencia en cuestiones sociales e internacionales, que se nombren por un periodo de 6 años, con posibilidad de reelección por una sola vez., en PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, cit., p. 31; 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”, cit., p. 187.

³⁵ RAMOS QUINTANA, M.: “La ratificación por España de la Carta Social europea (revisada): su relevancia ante la inminente reforma laboral”, cit., p. 4.

³⁶ “Los Estados deben proveer un sistema de recursos y procedimientos adecuados, así como adoptar cuantas medidas sean necesarias, incluidas las de vigilancia e intervención, para que las obligaciones asumidas por medio de la Carta sean respetadas, con independencia de si la ejecución corresponde al Estado, órganos regionales o locales, o bien a las organizaciones sindicales o de empleadores”, en: RAMOS QUINTANA, M.: “La ratificación por España de la Carta Social europea (revisada): su relevancia ante la inminente reforma laboral”, *Trabajo y Derecho* 81/2021, p. 4.

³⁷ PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, cit., pp. 33-37; SALCEDO BELTRÁN, M. C.: “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. Trabajo y derecho, núm.13/2016; JIMÉNEZ QUESADA, L.: “El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea”, *Cuadernos Digitales de Formación*, cit., pp. 27-29.

Ahora bien, a la luz de este debate coincido con el sector de la doctrina que se ha pronunciado en contra de la vinculación directa de los informes del Comité Europeo de Derecho Social y su difícil aceptación como jurisprudencia, confirmando y compartiendo sus argumentos. Primero, “no existe un litigio previo interno, no surge de un conflicto concreto, sino de las consultas genéricas efectuadas³⁹. Segundo, por el tipo de resoluciones que adopta el CEDS: las “decisiones”.

No obstante, este análisis se altera en el caso de las decisiones en el proceso de reclamaciones colectivas, en cuyo caso “su naturaleza jurisprudencial es más plausible que en el caso de las conclusiones en el procedimiento de informes”⁴⁰.

2. LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y SU APLICACIÓN POR LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL

La aplicación de las normas internacionales, en general, y de la Carta Social Europea, en particular, por los Tribunales españoles sigue siendo un asunto en constante debate.

Sin embargo, tras las recientes sentencias, STS 268/2022, de 16 de marzo; STS 252/2022, de 23 de marzo y la STS 270/2022, de 29 de marzo, se avanza en este intrincado asunto, en tanto en cuanto el Tribunal Supremo sienta doctrina en relación con la aplicación directa de las normas internacionales por nuestros Tribunales⁴¹, arrojando luz a esta controvertida cuestión.

No obstante, antes de analizar la reciente toma de posición de nuestro Tribunal Supremo sobre el alcance del control de convencionalidad, merece la pena realizar un breve repaso del camino que han ido transitando los Juzgados de lo Social y la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia hasta llegar a los recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, que, a buen seguro, no serán los últimos, pero que, nos ilustran, a día de hoy, sobre la aplicación de una instrumento jurídico de contenido tan heterogéneo, como es la Carta Social Europea.

Básicamente centraremos el debate en torno a las decisiones de los Tribunales relacionadas con el contrato de apoyo a emprendedores y con al preaviso razonable en la extinción del contrato de trabajo en relación con el art. 4.4 de la Carta Social Europea⁴².

³⁸ GARCÍA-PERROTRE ESCARTÍN, I.: “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, carta Social Europea y reforma laboral”, *Trabajo y Derecho* núm. 15, 2016; 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”, cit., pp. 187-191.

³⁹ 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”, cit., p. 189. Insiste el autor en que “estas resoluciones no tienen la «fuerza ejecutiva» propia de una sentencia, y, desde luego, extenderles esa denominación en plenitud, con toda su carga intrínseca, no que sea posible Otra cosa distinta, prosigue el autor, es la denominación que la doctrina especializada le atribuye: la denominen así, «jurisprudencia del CEDS», pero no considero, a día de hoy, precisamente por las razones que he señalado, que pueda quedar, en lo que se refiere a los informes, asimilada plenamente al concepto legal interno o internacional de jurisprudencia (jurisprudencia del TS, del TC, del TEDH o del TJUE).

⁴⁰ PRECIADO DOMENECH, C. H.: *La carta Social Europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, cit., p. 33.

⁴¹ GOERLICH PESET, J. M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *Blog Foro de Labos*, 11-05-2022.

⁴² Un estudio jurisprudencial detallado sobre el valor de la Carta Social europea y su aplicación en relación con, entre otros, el derecho a la libertad sindical, derecho ante la terminación del contrato de trabajo, despido y el derecho a la defensa, previo al despido del artículo 7 del convenio 158, en GARRIDO PALACIOS, M. A.: *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del Trabajo en el isulaboralismo español*, cit., en prensa.

El contrato de apoyo a emprendedores, regulado en el art. 4.2 y Disp. Transit. 9.º de la Ley 3/2012, de 6 de julio, para la reforma del mercado laboral, fue derogado por el Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, fue derogado, atendiendo a lo previsto en la normativa legal que lo introdujo (Disp. Transit. 6.ª RDL 28/2018)⁴³. Recuérdese, también, que el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores fue declarado constitucional, al concluir el alto Tribunal que “constituye una medida legislativa coyuntural y legítima, adoptada en un contexto de grave crisis económica con una elevada tasa de desempleo; atiende a la finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como medio para facilitar el empleo estable, lo que conecta con el deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1). En suma: la duración de un año que la ley asigna al periodo de prueba es compatible con la Ley Fundamental” (SSTC 119/2014, 8/2015 y 140/2015). La declaración de constitucionalidad en las STC 119/2014, de 16 de julio 8/2015, 22 de enero y 140/2015, 22 de junio determinó la revocación de las sentencias de instancia a favor de la aplicación de la CSE por parte de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, avalando lo dicho por el Alto Tribunal.

Por su parte, el despido objetivo por absentismo establecido en el art. 52 d) ET fue derogado por el RDL 4/2020, de 18 de febrero, posteriormente sustituido por la Ley 1/2020, de 15 de julio, por la que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52. d) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.

Los Tribunales de instancia han sido muy proclives a la realización del control de convencionalidad. Esta aplicación directa de las normas internacionales se ha abordado “valorando que las decisiones del Comité Europea de Derechos Sociales son vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales” (...), y entendiendo que “el periodo de prueba de un año sin derecho a preaviso e indemnización conculca el art. 4.4 CSE, por lo que no procede la aplicación del precepto legal interno por el principio de jerarquía normativa, garantizado en el art. 9.3 CE, debiendo prevalecer la norma Internacional”.

En otros pronunciamientos se ha puesto el foco “en el carácter abusivo del periodo de prueba de un año de contrato de apoyo a emprendedores por considerarlo excesivo y sin causa, siendo la consecuencia jurídica la calificación del despido como improcedente”.

En definitiva, los Juzgados de lo Social consideran las decisiones del Comité Europeo Derecho Sociales como “jurisprudencia”, es decir, vinculantes, y, por ende, las aplican de modo y manera preferente al asunto en cuestión⁴⁴.

Por lo que se refiere a la doctrina judicial de la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia se advierte una tendencia hacia la revocación de las sentencias que han ejercido el control de convencionalidad en la instancia.

Estos pronunciamientos se sustentan en la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 22 de junio de 2105⁴⁵, que entiende “que no es aplicable el art. 4.4 CSE a los efectos de ejercer el control de convencionalidad e inaplicar el art. 4.3 de la Ley 3/2012 que regula el contrato de emprendedores”⁴⁶. Aunque esta doctrina ha

⁴³ Determina la pérdida de su vigencia, una vez que la tasa de desempleo se sitúa por debajo del 15 %.

⁴⁴ GARRIDO PALACIOS, M. A.: *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del Trabajo en el isulaboralismo español*, cit. en prensa.

⁴⁵ Núm. Rec. 134/2015.

⁴⁶ Un buen repaso de los diversos pronunciamientos judiciales en GARRIDO PALACIOS, M. A.: *Control de convencionalidad y Derecho del Trabajo. El encaje del Derecho Internacional del Trabajo en el isulaboralismo español*, cit. en prensa.

sido reiterada por diversas sentencias de suplicación de la Sala, lo cierto es que se está produciendo una apertura de posiciones en torno al ejercicio del control de convencionalidad. En este sentido, más que por la calificación de la improcedencia de la extinción, se está apostando por el incumplimiento del preaviso de conformidad con las conclusiones del Comité Europeo de Derecho Sociales. Son sentencias de gran valor doctrinal, más ahora que España ha ratificado el protocolo de reclamaciones colectivas lo que nos sitúa ante un nuevo contexto. En todo caso, como ya se ha señalado, se advierte un notable avance en las decisiones de la Sala de lo Social de los TSJ a favor del control de convencionalidad.

En el debate sobre la aplicación directa de las normas internacionales por los Tribunales españoles y, en concreto, sobre la influencia de la Carta Social Europea faltaba aún la posición de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre el contrato de apoyo de emprendedores y el control de convencionalidad, así como también la valoración, en este contexto, del despido objetivo por absentismo.

Pues bien, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en tres ocasiones en fecha reciente sobre la aplicación directa de las normas internacionales por los Tribunales españoles.

En concreto, las STS 252/2022 y 268/2022 han manifestado su doctrina sobre el ajuste de la Carta Social Europea al período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, mientras que la STS 270/2022 ha vertido su opinión sobre el despido objetivo por absentismo ex art. 52 d) ET. Como ya se ha señalado, los asuntos que resuelven carecen de trascendencia práctica para el futuro en la medida en que las normas legales aplicadas han desaparecido de nuestro ordenamiento⁴⁷, pero son sentencias muy relevantes porque, por fin, la Sala de lo Social del TS se ha pronunciado en casación por unificación de doctrina para admitir que la Carta Social Europea juega un papel muy importante a la hora de interpretar nuestras normas.

En la STS 252/2022 de 23 de marzo de 2022⁴⁸ el debate casacional consiste en dilucidar si el período de prueba de un año establecido en la normativa reguladora del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores era válido cuando posteriormente se había publicado un convenio colectivo posterior.

La sentencia del Tribunal Supremo entiende que el período de prueba de 12 meses es una regla de orden público, indisponible por la autonomía colectiva. Su validez está aquilatada por la STC 119/2014, de 16 de julio, que declaró que “la exigencia del período de un año de duración es una medida establecida por el legislador para todos los trabajadores, con independencia de su calificación o categoría, y resulta indisponible para la negociación colectiva”. Esta configuración legal como norma de derecho necesario absoluto actúa como garantía hábil para evitar que la actuación de la negociación colectiva “pueda frustrar el legítimo objetivo para la creación de empleo estable” que se pretende alcanzar a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico.

Por consiguiente, el Tribunal Supremo aplica la doctrina constitucional (STC 119/2014, 16 de julio, reiteradas en las sentencias del Pleno del TC 8/2015, de 22 de enero y STC 140/2015, de 22 de junio) “por un elemento principal de seguridad jurídica”, declarando que el período de prueba de un año era “una norma de derecho necesario absoluto indisponible para la negociación colectiva”, que no vulnera el derecho a la negociación colectiva ex art. 37.1 CE.

Por su parte, la STS 268/2022, de 28 de marzo⁴⁹ plantea la cuestión del carácter fraudulento del contrato de apoyo a emprendedores y la consiguiente calificación como despido del cese

⁴⁷ GOERLICH PESET, J. M.: “El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022”, *Blog Foro de Labos*, 11-05-2022.

⁴⁸ Núm. Recurso 963/2020.

⁴⁹ Núm. Recurso 471/2020.

acordado por la empresa durante el período de prueba; y a título subsidiario, se pronuncia también acerca del eventual derecho a percibir la indemnización correspondiente al plazo de preaviso cuando el contrato termina por desistimiento empresarial.

A juicio del Tribunal Supremo “la validez constitucional del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores se basa en “la atribución al mismo de una funcionalidad diversa a la propia que tal institución posee con arreglo a la dogmática implícita a su arquitectura jurídica”. En esa modalidad contractual, cuando la terminación del período de prueba invocada por la empresa tiene lugar transcurrido el plazo máximo que, en condiciones ordinarias, sería posible, debe entenderse que el desistimiento se basa en esa funcionalidad alternativa a la clásica.

En tal sentido, el Tribunal Supremo acepta que el período de prueba juegue como mecanismo de adecuación de plantillas sin los equilibrios propios del despido por causas objetivas u otras medidas de reestructuración empresarial, en cuyo caso entiende que es una decisión empresarial. Ahora bien, matiza, que “en la medida en que el diseño normativo lo permita, la propia nota de ajenidad, inherente a la relación laboral (art. 1.1 ET), pide que exista cierta contraprestación o equilibrio”. La observancia de un plazo de preaviso, inmediatamente anterior al cese material, o su equivalente monetario, aparece como un contrapeso adecuado”.

La aplicación de tal plazo de preaviso prosigue el Tribunal Supremo, concuerda con las exigencias de la Carta Social Europea. Esta concordancia constituye un resorte hermenéutico importante, que requiere, en todo caso, un cuidadoso análisis de las normas internacionales que presuntamente entran en conflicto con las internas para determinar si son o no aplicables.

Aplicando la jurisprudencia constitucional, el TS entiende que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento si no su mera inaplicación al caso concreto. En este sentido, reitera que “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional⁵⁰. De este modo, antes de desplazar una norma interna, es preciso determinar si la norma internacional tiene contenido suficiente que necesariamente conduzca a tal efecto.

Sobre la virtualidad del art. 4.4 CSE y a su aplicación en nuestro ordenamiento interno, el Tribunal Supremo entiende lo siguiente: a) el contenido de la Carta Social Europea es muy heterogéneo, 2) todo su contenido no posee la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho privado como es el contrato de trabajo.

En este contexto, la Carta Social Europea reconocía “el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable en caso de terminación del empleo”, actuando esta previsión ex art.4.4 CSE como un resorte imperativo auxiliar. De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, en el que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado, desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral.

Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el art. 53. 1 c ET. Por todo ello, el Tribunal Supremo casa y anula parcialmente la sentencia, conminando a rectificar el pronunciamiento de suplicación solo para dar entrada al reconocimiento del derecho de la trabajadora a percibir el importe reclamado por haberse omitido al plazo de preaviso de quince días.

⁵⁰ SSTCC 10/2019 (FJ 4.º), 23/2019 (FJ 2.º), 35/2019 (FJ 2.º), 36/2019, (FJ 2.º), 80/2019 (FJ 3.º) y 87/2019.

Concluye, el Tribunal Supremo, insistiendo en advertir que la doctrina que ahora acuña no afecta al desistimiento durante el período de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración. En definitiva, el TS se afana por explicar que en esta sentencia procede aplicar directamente la Carta Social Europea, si bien su aplicación directa se ciñe al alcance del pronunciamiento al supuesto enjuiciado sin incurrir en generalizaciones injustificadas⁵¹.

El último de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la aplicación directa de las normas internacionales por los Tribunales españoles, lo encontramos en la STS 270/2022, de 29 de marzo⁵², que ha vertido su opinión sobre el despido objetivo por absentismo ex art. 52 d) ET.

En concreto, la controversia casacional determina si el despido objetivo por absentismo regulado en el art. 52d) ET vulnera los tratados internacionales. Como ya se ha indicado, el citado precepto fue derogado por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero, por lo que la sentencia es importante no tanto por el asunto que resuelve sino por la doctrina que establece en relación con la aplicación directa de los Tribunales españoles.

El Tribunal Supremo ha descartado que el art. 52 d) ET resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien admite que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima -evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo-, que encuentra fundamento constitucional en la libertad [...] de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)." En este sentido, concluye que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT, que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad.

Por lo que se refiere a los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que el Tribunal Supremo, por un elemental principio de seguridad jurídica, concluye, en el mismo sentido que la STC 118/2019, de 16 de octubre⁵³, que entendió que "la regulación del art. 52.d) del ET respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT, que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores". Por tanto, concluye el Tribunal Supremo que no se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud.

En relación con la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, vigente en la fecha del despido, el Tribunal Supremo constata que el contenido de la CSE "se limitaba a reconocer, en su art. 3, el compromiso de las partes contra-

⁵¹ El TS hace una explícita llamada a la contención: "puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de la relación de Derecho Privado".

⁵² Núm. de Recurso 2142/2020.

⁵³ Cuestión de inconstitucionalidad 2960-2019. Planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. Derechos a la integridad física y moral, a la salud y al trabajo: constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral. Votos particulares.

tantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene; tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos; y consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo". Por tanto, considera que el art. 52.d) del ET no era contrario a ese precepto.

Además, la Carta Social Europea no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE. Por ello, el Tribunal Supremo, de conformidad con la STC 118/2019, concluye que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea el despido regulado en el art. 52.d) del ET, que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Es más, el Tribunal Supremo termina su pronunciamiento declarando que "no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica". Los argumentos del voto particular, que hace suyos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, en sus STC 118/2019, de 16 de octubre, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE, no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo.

3. CONCLUSIONES

Las últimas sentencias del Tribunal Supremo vienen a confirmar que era absolutamente imprescindible que la Sala de lo Social se pronunciara sobre la influencia de las normas internacionales en nuestro ordenamiento jurídico y su adecuada aplicación por los Tribunales.

Vale la pena recordar la difícil relación de la jurisdicción social con la Carta Social Europea, llena de reproches y obstáculos legales. También interesa traer a colación las distintas voces reclamando una reforma legal que facilite y consolide la aplicación de las normas internacionales en nuestro ordenamiento interno.

Como señala mi Maestro, MONTROYA MELGAR⁵⁴, "las normas laborales internacionales tienen una imperatividad condicionada a la voluntad de los Estados". La Carta Social Europea es un Tratado que contribuye decisivamente a la defensa de los derechos sociales y económicos en Europa. El estado de ratificaciones de la CSE y el Protocolo se ha modificado notablemente, toda vez que el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas entró en vigor el 1 de julio de 2021⁵⁵.

Conviene destacar la cautela que el Tribunal Supremo advierte sobre el alcance del control de convencionalidad. En este sentido, también llama la atención sobre el contenido heterogéneo de la Carta Social Europea. De hecho, indica de forma expresa que "no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado, como es

⁵⁴ *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, 42.^a ed. revisada y puesta al día, Madrid, 2021, p. 204.

⁵⁵ En el BOE del 8 de junio de 2021 aparece el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2012.

el contrato de trabajo". Por último, ofrece una "recomposición de la jerarquía"⁵⁶ entre las diferentes instancias aplicativas de las normas, estableciendo, para cada caso en conflicto, la obligación de desarrollar un cuidadoso análisis de las normas internacionales que entran en conflicto con las nacionales para determinar si son o no aplicables.

En conclusión, la aplicación directa de la Carta Social Europea se ciñe al supuesto enjuiciado por la STS 268/2022, de 28 de marzo, pese a las voces que se han pronunciado en sentido contrario sin que su doctrina, Para continuar con los avances en la aplicación directa de la CSE habrá que analizar las normas internacionales que presuntamente entran en conflicto con las internas para determinar si son o no aplicables directamente⁵⁷.

⁵⁶ GOERLICH PESET, J. M.: "El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022", *Blog Foro de Labos*, 11-05-2022.

⁵⁷ La STS 270/2022" ha declarado que no debe olvidarse que tanto las previsiones constitucionales (art. 96 CE) cuanto las reglas sobre la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales muestran que los Tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de sus textos se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.