

Enfermedad, discriminación y despido. Y control de convencionalidad e indemnización adicional (Una misma sentencia y dos problemas para el sistema de fuentes)

Erik Monreal

Catedrático del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de las Islas Baleares

Illness, discrimination and dismissal. And control of conventionality and additional compensation (One sentence and two problems for the system of sources of law)

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. La regulación del principio de igualdad mediante ley ordinaria. 2.3. La regulación del derecho fundamental a la no discriminación mediante ley orgánica. 2.3.1. La enfermedad a la luz de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE. 2.3.2. Sobre el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad y la necesidad de rango orgánico para introducirlo en nuestro ordenamiento. 2.4. Conclusiones. 3. LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA DEL DESPIDO IMPROCEDENTE. 3.1. Consideraciones generales. 3.2. Sobre la eficacia política, o jurídicamente diferida, del art. 24 CSE y de la doctrina interpretativa del CEDS. 3.3. El aval del Tribunal Constitucional al sistema de indemnización tasada. 3.4. Valoración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del control de convencionalidad. 3.5. Valoración de la doctrina judicial reciente sobre control de convencionalidad de nuestra indemnización legal tasada ex art. 24 CSE. 3.6. Conclusiones

RESUMEN: Dos pronunciamientos en una misma sentencia, muy polémicos por su encaje en nuestro sistema de fuentes del Derecho, sirven de guía a este estudio. En su primera parte, el estudio se centra en la enfermedad como causa de discriminación aplicada a los despidos, puesto que la Ley 15/2022 trata de introducir en nuestro ordenamiento el derecho a no ser discriminado por razón de enfermedad. El problema es que, para ello, esta Ley necesitaría rango orgánico. Así se constata

en este estudio, tras el correspondiente análisis de la jurisprudencia constitucional aplicable. Por eso, como regla general, los despidos no justificados de personal en situación de baja por IT son improcedentes, no nulos. En su segunda parte, el estudio atiende al problema que supone reconocer, aplicando una norma internacional carente de eficacia directa, una indemnización adicional a la tasada del art. 56.1 ET. El estudio analiza con detalle la jurisprudencia constitucional y ordinaria aplicable, así como la última doctrina judicial, y valora que la doctrina judicial correcta es la que no reconoce esta indemnización adicional.

ABSTRACT: Two pronouncements in the same sentence, very controversial due to their fit into our system of legal sources, serve as a guide for this study. In its first part, the study focuses on illness as a cause of discrimination applied to dismissals, since Law 15/2022 tries to introduce into our legal system the right to not to be discriminated against due to illness. The problem is that, for this, this Law would need organic rank. This is confirmed in this study, after the inevitable analysis of the applicable constitutional jurisprudence. For this reason, as a general rule, unjustified dismissals of workers on sick leave due to IT are unfair, not null. In its second part, the study addresses the problem of recognizing, with the support of an international norm lacking direct effectiveness, additional compensation to the compensation assessed in art. 56.1 ET in unfair dismissals. The study analyzes in detail the applicable constitutional and ordinary jurisprudence, as well as the latest judicial doctrine, and assesses that the correct judicial doctrine is the one that does not recognize this additional compensation.

1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, Integral para la igualdad de trato y la no discriminación ha puesto sobre la mesa el problema, candente, de la conceptualización de la “*enfermedad o condición de salud*” como causa de discriminación —art. 2.1— y la consiguiente sanción de nulidad prevista para toda disposición, acto o cláusula discriminatoria —art. 26—.

Esta nueva regulación legal resulta especialmente problemática en relación con el supuesto del despido no justificado de trabajadores en situación de baja médica por IT, aunque no exclusivamente en este ámbito. Así, por ejemplo, la SAN 19.06.2023¹ ha establecido que la supresión o reducción, por parte de la empresa, del sistema de planes de incentivos por objetivos en ventas como consecuencia de haberse encontrado el trabajador en situación de IT, “*constituye una discriminación directa por enfermedad, lo que resulta proscrito por la Ley 15/2022*”.

Centrando el objeto de este estudio en la problemática del despido —las conclusiones que se obtengan pueden servir para resolver otros supuestos que se planteen en relación con la consideración de la enfermedad como factor discriminatorio—,

1 Núm. 80/2023.

la consecuencia que, tras la Ley 15/2022, extrae parte de nuestra doctrina judicial², y también parte de la doctrina científica³, es que, como ya señala la STSJ Madrid 10.05.2023⁴, "a partir del 14 de julio de 2022 debemos considerar que en principio un despido que tenga como móvil la enfermedad del trabajador tiene naturaleza discriminatoria y debe ser declarado nulo", excepto si concurre alguno de los tres supuestos en los que, según el art. 2.3 de la Ley 15/2022, la diferencia de trato por razón de enfermedad no tendría naturaleza discriminatoria —que la diferencia de trato derive del propio proceso de tratamiento de la enfermedad, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública—.

Mi impresión es que, cuando no concurre uno de los supuestos justificativos de la diferencia de tratamiento previstos en el art. 2.3 de la Ley 15/2022, los despidos de personal en situación de baja médica por IT son improcedentes, no nulos, como regla general, porque no encajan en los supuestos de nulidad del art. 55.5 ET:

- Por una parte, el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE no es un derecho fundamental.
- Por otra parte, no existe para este supuesto del despido en situación de baja médica por IT una regulación de la nulidad del despido como la que existe para los derechos de conciliación del art. 55.5.2º ET.
- Finalmente, estos despidos no tienen como móvil una causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la ley.

No es discutible que esta última interpretación es polémica, puesto que, por un lado, la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE no es una cláusula cerrada y cabría plantear que incluye la enfermedad como factor de discriminación y, por otro lado, la Ley 15/2022 dice de forma expresa y clara que la enfermedad es uno de estos factores. Pues bien, el planteamiento que anima este estudio es que la Ley 15/2022 no es eficaz cuando dice lo que dice sobre la enfermedad y el motivo, a desarrollar en estas páginas, es la ausencia de rango orgánico de su art. 2.1 en lo que refiere, exclusivamente, a la conceptualización de la enfermedad como factor de esta naturaleza.

2 Vid., p.e., STSJ Cataluña 20.04.2023 (rec. 6079/2022): "En aplicación de esta doctrina, procede dirimir sobre la subsumibilidad de las circunstancias del trabajador en el concepto de discapacidad, para concluir sobre la calificación del despido, que únicamente será de nulidad en este último supuesto, de constatare la discriminación. Y ello por cuanto nos encontramos ante hechos anteriores a la publicación de la Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y no discriminación, que contempla como causa específica de discriminación la enfermedad o condición de salud (artículo 2), marco normativo no aplicable por razones de temporalidad y que pudieran, en su caso, hacernos concluir de modo divergente".

3 Vid., por todos, declarando que la Ley 15/2022 "viene a significar el fin de que, en los casos de despido por enfermedad o condición de salud, se declare la improcedencia del despido de la persona trabajadora, pero no su nulidad", I. BALLESTER PASTOR: 'La expansión aplicativa de la Ley integral para a igualdad de trato y la no discriminación: Secuelas sociolaborales', *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, edición digital, pág. 76.

4 Rec. 118/2023.

El pasado 4 de mayo, el CGPJ informó de que la sentencia del juzgado de lo social núm. 3 de Pamplona 04.04.2023⁵ ha sido pionera en Navarra aplicando la Ley 15/2022 y declarando que el despido es nulo porque “descansa, única y exclusivamente, en la situación de enfermedad y en la baja médica”. Seguir el hilo de esta sentencia es interesante. De un lado, porque afirma que “ahora la enfermedad o condición de salud es una causa o factor de discriminación establecida en la ley”. De otro, porque afirma también que, cuando el despido es discriminatorio, la indemnización por daño moral del art. 183 LRJS “Incluso procedería a través del control de convencionalidad en aplicación del art. 24 de la Carta Social Europea revisada”.

La primera parte de este estudio se centra en la enfermedad como causa de discriminación aplicada a los despidos en situación de baja médica por IT. Y la segunda analiza en clave jurisprudencial y judicial el asunto al que, *obiter dicta*, alude la sentencia pamplonica relativo a la aplicación de la Carta Social Europea para reconocer esa indemnización adicional; el interés de esta parte radica en que tanto la doctrina judicial como la científica también bullen por este flanco del control de convencionalidad y el reconocimiento de la indemnización adicional, si bien específicamente en el despido improcedente. Aunque sobre ambos asuntos ya he reflexionado en formato digital y breve⁶, esta ocasión permite desarrollar argumentaciones y aportar otros fundamentos. Adelantando ya que, en ambos casos, la clave para resolver el correspondiente problema se halla, lo que a menudo pasa inadvertido, en nuestro sistema de fuentes del Derecho.

2. LA ENFERMEDAD COMO CAUSA DE DISCRIMINACIÓN

2.1. Consideraciones generales

En el caso de la enfermedad como causa de discriminación, la aplicación del esquema de fuentes conduce a los arts. 53.2 CE y 81.1 CE, en relación con el art. 14 CE. El art. 53.2 CE incluye al art. 14 CE, junto a los derechos fundamentales, entre las materias que pueden ser objeto de recurso de amparo. Y el art. 81.1 CE prevé que el desarrollo de los derechos fundamentales, sin incluir no obstante el art. 14 CE, corresponde a la ley orgánica.

Con este telón de fondo, hay doctrina científica⁷ que opina que el rango de ley ordinaria que tiene la Ley 15/2022 “es el adecuado”, explicando al respecto que esta Ley “no aborda propiamente el desarrollo de un derecho fundamental, con el alcance que

5 Rec. 738/2022.

6 Vid., E. MONREAL BRINGSVAERD: ‘Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: Improcedentes, no nulos, como regla general’, *Briefs AEDTSS*, núm. 28, 2023; E. MONREAL BRINGSVAERD: ‘Guardias domiciliarias: una inadecuada aplicación judicial de la carta social europea (sentencia del juzgado de lo social núm. 2 de Guadalajara 28.01.2022)’, *El Foro de Labos*, entrada de 04.05.2023.

7 Vid., J. L. GOÑI SEÍN: ‘La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad’, *Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022, edición digital, pág. 8

da a este concepto la jurisprudencia constitucional, sino la regulación del derecho a la no discriminación del art. 14 CE"; y cita esta doctrina, en particular, la tesis de la ST-Const. 76/1983 referente a que los derechos a cuyo desarrollo se refiere el art. 81.1 CE —donde no aparece el art. 14 CE— no pueden equipararse a los susceptibles de amparo —entre los que se incluye el art. 14 CE—. En esta misma línea, la ya citada STSJ Madrid 10.05.2023 considera que la Ley 15/2022 "constituye un desarrollo del art. 14 de la Constitución" que "No tiene el carácter de Ley Orgánica porque el art. 81.1 de la Constitución reserva las mismas para, entre otras, las <relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas>, lo que remite a la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, que se inicia en el artículo 15, quedando el artículo 14 fuera de dicho ámbito".

Esta es también la opción interpretativa que late en la sentencia del juzgado pamplonica cuando establece que, a efectos de la declaración de nulidad de estos despidos, "carece de trascendencia que la Ley 15/2022 se trate de una ley general", probablemente queriendo referirse con ello a que la Ley 15/2022 no es una ley orgánica, y señalando, renglón seguido, que el carácter "integral" de esta Ley "no excluye la obligatoriedad y la imperatividad de sus mandatos", probablemente queriendo referirse con ello a que esta Ley es imperativa y vincula a sus destinatarios pese a tener naturaleza ordinaria.

A mi juicio, interpretar que la Ley 15/2022 es eficaz, pese a su naturaleza ordinaria, vale para todo el articulado de esta Ley excepto para el precepto que establece que la enfermedad es un factor discriminatorio. Parte de nuestra doctrina científica también parece que lo entiende así cuando manifiesta que "la inclusión de la enfermedad como causa de discriminación no cambia la situación preexistente, dado que el legislador ordinario no puede modificar el concepto constitucional de discriminación"⁸. En estas condiciones, es claro que resulta necesario ofrecer una explicación, que debe utilizar el faro de los arts. 53.2 CE y 81.1 CE y de la jurisprudencia constitucional que los interpreta —que no solo viene representada por la citada sentencia 76/1986—, acerca de por qué se entiende que la Ley 15/2022 es o no es eficaz, dada su naturaleza ordinaria, cuando conceptúa a la enfermedad como causa de discriminación. Aspecto que conduce a abrir dos subapartados, respectivamente dedicados a la ley ordinaria y a la ley orgánica como instrumentos adecuados para desarrollar normativamente el principio de igualdad, de una parte, y el derecho fundamental a la no discriminación, de otra.

2.2. La regulación del principio de igualdad mediante ley ordinaria

La Ley orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, o el RD-Ley 6/2019, de medidas urgentes para Garantía de la igualdad de trato y de oportuni-

8 Vid., A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO: 'La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución', *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, edición digital, pág. 108.

dades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, son dos claros ejemplos de que, aunque el art. 81.1 CE requiera ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales, aprobar leyes ordinarias relativas al art. 14 CE, como la Ley 15/2022, encaja, con carácter general, dentro de la Constitución española.

La Ley orgánica 3/2007 solo tiene de orgánicas sus disposiciones adicionales 1ª —introduce el concepto legal de “*Presencia o composición equilibrada*”—, 2ª —modifica la Ley orgánica de Régimen Electoral General— y 3ª —modifica la Ley orgánica del Poder Judicial—. Todo lo demás en la Ley orgánica de Igualdad entre sexos tiene rango o naturaleza ordinaria, pudiendo constatarse que las modificaciones que dicha Ley introdujo en el ET, por ejemplo la reformulación de la nulidad despido, adoptaron fundamento en la competencia exclusiva del Estado para legislar, mediante ley ordinaria, en materia laboral.

La Ley 15/2022 también fundamenta en el art. 149.1.7º CE sus arts. 9 —*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el empleo por cuenta ajena*—, 10 —*Negociación colectiva*— y 11 —*Derecho a la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo por cuenta propia*—. Por su parte, el catálogo de causas de discriminación que establece su art. 2.1 se fundamenta en la competencia exclusiva del Estado para legislar en materia de condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales —art. 149.1.1º CE—. Y a continuación se podrá constatar que de la jurisprudencia constitucional puede extraerse que, con carácter general, regular por ley ordinaria aspectos relativos a las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles es materia que, *per se*, escapa a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. Pero también se pondrá de manifiesto que declarar, mediante ley ordinaria, que la enfermedad es una causa de discriminación supone exceder el ejercicio de esta competencia exclusiva del Estado, mediante ley ordinaria, en materia de garantía del principio de igualdad.

La ya citada STConst. 76/1983 estableció que la equiparación entre las materias que, según el art. 53.2 CE, son susceptibles de recurso de amparo, en particular el art. 14 CE, y las materias que, según el art. 81.1 CE, han de ser reguladas por ley orgánica “*no resulta constitucionalmente defendible*”. El TC explicó que esto es así, por un lado, porque “*existe una exclusión expresa del art. 14 en el art. 81 de la Constitución*” y porque, por otro lado, “*la igualdad reconocida en el art. 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo*”.

En esta sentencia, el TC rechazó que un Proyecto de Ley orgánica de Armonización del proceso autonómico tuviera que adoptar forma de ley orgánica; en contra, el abogado del Estado consideraba que sí, porque el Proyecto era un desarrollo del derecho fundamental a la igualdad de los españoles a través de la igualdad de los derechos de las Comunidades autónomas. Y el TC, como se viene diciendo, entendió que el rango orgánico de ese Proyecto de Ley no era necesario porque el art. 14 CE solo puede ser objeto de recurso de amparo “*en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general*”. Así que el TC man-

tuvo la regulación contenida en buena parte del Proyecto de Ley de Armonización del proceso autonómico, pero dejando claro que no podía promulgarse con el ropaje de Ley orgánica.

Esta jurisprudencia constitucional atiende al carácter no autónomo, o relacional, del principio de igualdad⁹ y también a la evidencia de que el citado Proyecto de Ley no predeterminedaba el contenido del art. 14 CE en el marco de una relación jurídica concreta. Y algo parecido, en este sentido, sucede con el desarrollo del art. 14 CE que lleva a cabo la Ley 15/2022. La naturaleza de ley ordinaria que tiene este desarrollo, concebido en los términos de la STConst. 76/1983, no fricciona, salvo en lo relativo al tratamiento de la enfermedad, con la reserva de ley orgánica que establece el art. 81.1 CE.

De la misma forma que tampoco fricciona con el art. 81.1 CE, por poner otro ejemplo, que el fundamento constitucional de la Ley 39/2006, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que es una ley ordinaria como la Ley 15/2022, sea la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad de los españoles. La Ley de Dependencia, efectivamente, la Ley orgánica de Igualdad del año 2007 o el RD-Ley 6/2019, como la propia Ley 15/2022, constituyen desarrollos legales del art. 14 CE que, con carácter general, encajan dentro del espacio que tiene la ley ordinaria, sin vulnerar la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, porque no suponen llevar a cabo una regulación completa y cerrada, eficaz en relaciones jurídicas concretas, del derecho a la igualdad y a la no discriminación. De hecho, con respecto al RD-Ley 6/2019, la reciente STConst. 18/2023 indica, utilizando los términos de la exposición de motivos de la citada norma, que los "*discretos, cuando no insignificantes*" resultados alcanzados por la Ley orgánica 3/2007 tienen mucho que ver con "*el modelo predominantemente promocional contemplado por la Ley Orgánica 3/2007*".

2.3. La regulación del derecho fundamental a la no discriminación mediante ley orgánica

Con el tratamiento legal de la enfermedad como causa de discriminación las cosas no son iguales que con el tratamiento legal del principio de igualdad. Para desarrollar esta explicación resulta muy oportuno manejar la STConst. 160/1987, que declaró que la Ley ordinaria 48/1984, reguladora de la Objeción de conciencia, no infringía la reserva constitucional de ley orgánica del art. 81.1 CE.

9 En el sentido de que toda igualdad es relativa porque "*sólo en relación con un determinado tertium comparationis puede ser afirmada o negada*", vid., F. RUBIO LLORENTE: 'La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción', *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, edición digital, pág. 13. Sobre el carácter relacional del principio de igualdad y su especial ubicación sistemática en la CE, al margen de los derechos fundamentales, vid., M^a. L. ATIENZA NAVARRO: 'El art. 14 C.E. y la igualdad por razón de sexo', *Lunes 4,30. Informativa de derecho privado y registral*, núm. 199, 1996, edición digital, pág. 11.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE tiene en común con el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 CE el que ambos derechos están sistemáticamente ubicados fuera de la Sección 1º del Capítulo II del Título I de la CE —*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*—, que son los derechos que quedan sometidos a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, no obstante estar ambos derechos expresamente mencionados en el art. 53.2 CE como derechos susceptibles de ser protegidos ante el TC mediante recurso de amparo, como todos los derechos fundamentales que, según el art. 81.1 CE, requieren reserva de ley orgánica.

En estas condiciones, frente a la alegación del Defensor del Pueblo referida a que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental, a los efectos del art. 81.1 CE, porque forma parte del derecho fundamental a la libertad ideológica del art. 16.1 CE, el TC declaró que la relación de este derecho a la objeción de conciencia con el derecho a la libertad ideológica no autoriza a calificar al primero como fundamental, debiendo ser considerado, más bien, *“como un derecho constitucional autónomo, pero no fundamental”*. Por este motivo, no siendo el derecho a la objeción de conciencia un derecho fundamental, el carácter ordinario de la Ley 48/1984 no infringía, según el TC, la reserva de ley orgánica que establece el art. 81.1 CE.

Pero el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE es bastante más que un mero derecho de configuración legal, que es lo que al fin y al cabo resulta ser el derecho a la objeción de conciencia por cuanto que es la propia Constitución —art. 30.2— la que encarga al legislador la tarea de regularlo. Y es que, además del valor relacional del principio de igualdad, de donde la STConst. 76/1983 extrajo su naturaleza de principio guía que informa la actuación de todos los Poderes públicos, el art. 14 CE, tal y como en su momento ya subrayó autorizada doctrina¹⁰, tiene también la cualidad de ser un genuino derecho fundamental de las personas, vinculante y directamente aplicable. Y, en esta condición, el desarrollo del art. 14 CE, como el de todos los derechos fundamentales, sí que queda sometido a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE. No es posible obviar, en este sentido, que la jurisprudencia constitucional, por ejemplo la STConst. 91/2019, tiene declarado que el art. 14 CE concreta la igualdad, en cuanto valor superior del ordenamiento jurídico, *“en un verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable”*. Y lo importante es que este *“derecho subjetivo de los ciudadanos”* del art. 14 CE que reconoce la STConst. 91/2019, según especifica ahora la STConst. 67/2022, tiene *“dos dimensiones básicas”*, como derecho fundamental a la igualdad ante la ley y como derecho fundamental a no sufrir discriminación.

A efectos de este estudio interesa utilizar la dimensión del art. 14 CE en cuanto derecho fundamental de las personas a no sufrir discriminación. La asimilación entre

10 Vid., explicando que el art. 1.1 CE y la ubicación sistemática del art. 14 CE *“ha permitido reconocer un derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación”*, de modo que el art. 14 CE *“garantiza así las dos funciones propias de la igualdad, ser límite objetivo del poder y derecho de la persona”*, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER: ‘Igualdad y no discriminación en el empleo’, *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, edición digital, pág. 1.

este derecho a la no discriminación y los derechos fundamentales sujetos a la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE está, a mi juicio, implícita en la Ley 36/2011, reguladora de la Jurisdicción social, específicamente en sus arts. 96.1, 177.1 y 183.1. El primero establece que la carga de la prueba se invierte cuando hay "*indicios fundados de discriminación ... y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental*"; el segundo legitima activamente en los procesos sobre tutela de derechos fundamentales a los trabajadores o sindicatos que consideren lesionados "*los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio*"; mientras que el art. 183.1 LRJS previene que la indemnización por daño moral se reconoce cuando una persona sufre "*discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales*".

Además de la LRJS, la equiparación entre el derecho fundamental a no sufrir discriminación y los derechos fundamentales de la Sección 1º del Capítulo II del Título I de la CE también la reconoce de forma expresa el propio TC, en las sentencias recién citadas y también en otras, por ejemplo en la STConst. 108/2019 cuando manifiesta que "*El art. 14 CE reconoce el derecho fundamental a no sufrir discriminación*", en ese caso por razón de sexo, o en la STConst. 79/2020, también sobre discriminación por razón de sexo, donde el máximo intérprete de la Constitución habla de "*lesión del derecho fundamental previsto en el art. 14 CE*".

2.3.1. La enfermedad a la luz de la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE

Atendiendo a la vertiente del art. 14 CE como soporte del derecho fundamental a la no discriminación, es importante advertir que, siguiendo consolidada jurisprudencia constitucional —p.e. STConst. 200/2001—, la ya mencionada STConst. 91/2019 también establece que, aunque las causas de discriminación previstas de forma expresa en el art. 14 CE no constituyen una lista cerrada de supuestos discriminatorios, las mismas sí que "*implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione*".

Lo anterior supone, dado que la enfermedad no figura en esta relación constitucional de específicos supuestos discriminatorios previstos de forma expresa, que la enfermedad no es, en sí misma, un motivo sospechoso de discriminación y las diferencias de trato consecuencia de la situación de enfermedad no son, *ex constitutione*, irrazonables en el sentido de contrarias a la dignidad de la persona.

Obtenida esta conclusión, lo que procede ahora es descifrar si la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 14 CE, que proscribe las diferencias de trato basadas, además de en las causas de discriminación expresamente tipificadas en el art. 14 CE, en "*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*", puede acoger las causas de discriminación que recoge el art. 2.1 de la Ley 15/2022 y, en concreto, a la enfermedad.

Pues bien, respondiendo a este interrogante, no es dudoso que la edad, la discapacidad, la orientación o la identidad sexual, la expresión de género, el estado serológico, la predisposición genética a sufrir patologías, la lengua o la situación socioeconó-

mica son causas de discriminación que reconoce la Ley 15/2022 y que caben de forma razonablemente natural en la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 14 CE. De hecho, la mayoría de esas causas discriminatorias ya estaban reconocidas como tales antes de la Ley 15/2022 por el TC, por la normativa internacional o por el TJUE o por el TEDH. Así, por ejemplo, la STConst. 176/2008 reconoció que la condición de transexual cabe en la lista abierta del art. 14 CE; y la STConst. 67/2022 hizo lo mismo con la identidad de género, de igual modo que el estado serológico es un factor discriminatorio para el TEDH¹¹. Por este motivo, no parece problemático afirmar que una ley ordinaria, como la Ley 15/2022, puede trasladar al ordenamiento jurídico positivo estas causas de discriminación sin infringir la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, pues, al fin y al cabo, la operación legal no supone un desarrollo directo, sino más bien una concreción de sus contornos, del derecho fundamental a la no discriminación.

La misma función de promoción del derecho a la igualdad y a la no discriminación que lleva a cabo la Ley 15/2022 reconociendo estas causas de discriminación, excepto la enfermedad, la efectúan también los arts. 4.2.c) ET y 17 ET, que son leyes ordinarias, al reconocer el derecho a no ser discriminado por distintas razones —discapacidad, sexo, estado civil, edad, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, libertad sindical o lengua—. Y, en este sentido, no deja de ser sintomático que, tras la Ley 15/2022, estos preceptos del ET no se hayan modificado y sigan sin reconocer a la enfermedad como factor de discriminación en el entorno laboral.

Cabe, por tanto, afirmar que, a la luz del art. 14 CE, la Ley 15/2022 no infringe la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE porque el reconocimiento de las causas de discriminación que lleva a cabo esta Ley, excluida la enfermedad, simplemente tiene carácter declarativo, lo que supone mantenerse en el terreno, admitido para la ley ordinaria por la STConst. 76/1983, de la promoción del derecho a la igualdad y no discriminación y su implementación en todos los ámbitos de la vida pública.

Con la enfermedad, sin embargo, la situación es radicalmente diferente. La enfermedad no es un factor de discriminación prohibido de forma expresa por el art. 14 CE ni, hasta la fecha, cabe en la cláusula antidiscriminatoria abierta del art. 14 CE. Esto lo dijo hace quince años el TC, y antes ya lo había dicho también el TS¹², advirtiendo que *"la referencia del inciso final del artículo 14 de la Constitución no puede interpretarse en el sentido de que comprenda cualquier tipo de condición o de circunstancia, pues en ese caso la prohibición de discriminación se confundiría con el principio de igualdad de trato"*.

Efectivamente, según la STConst. 62/2008, *"la enfermedad, en el sentido genérico de una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que*

11 Vid., p.e., STEDH 03.10.2013, caso I.B. contra Grecia, demanda núm. 552/10.

12 Vid., STS 12.07.2004 (rec. 4646/2002): *"La enfermedad, en el sentido genérico que aquí se tiene en cuenta desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, que hace que el mantenimiento del contrato de trabajo del actor no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio en el sentido estricto que este término tiene en el inciso final del artículo 14 de la Constitución Española"*.

el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por la empresa, no es un factor discriminatorio prohibido". El TC también señala en esta sentencia que la enfermedad podrá dar lugar a un trato discriminatorio cuando el propio factor de la enfermedad "sea tomado en consideración como un elemento de segregación basado en la mera existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato".

Es decir, de acuerdo con esta sentencia del máximo intérprete de la Constitución española, la Constitución no establece expresamente, ni de la Constitución se deriva implícitamente, el reconocimiento de que la enfermedad constituye, en sí misma, un factor odioso de tratamientos desiguales. Y cabe recordar, en este sentido, que el sometimiento de los jueces al imperio de la ley —art. 117.1 CE— incluye el acatamiento de las sentencias del TC, según establece la Ley orgánica 6/1985, del Poder Judicial —art. 5.1— y viene a confirmar la Ley orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional —arts. 4.1 y 40.2—. Así las cosas, de acuerdo con esta misma STConst. 62/2008, los despidos de trabajadores en situación de baja médica por IT, siendo en sí mismos antijurídicos cuando no concurre ningún supuesto justificativo, no son discriminatorios en tanto en cuanto la empresa adopte su decisión extintiva exclusivamente poniendo en relación la enfermedad del trabajador con su aptitud para desarrollar el trabajo contratado.

2.3.2. Sobre el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad y la necesidad de rango orgánico para introducirlo en nuestro ordenamiento

Cuando el art. 2.1 de la Ley 15/2022 declara genéricamente que la enfermedad es una causa de discriminación, lo que pretende es introducir en nuestro ordenamiento jurídico una nueva variante del derecho fundamental a la no discriminación; sin embargo, la jurisprudencia constitucional —ya se ha visto— establece que esta variante no está ni expresa ni implícitamente conectada con el art. 14 CE. De modo que lo que se consigue mediante este desarrollo legal es que la Constitución diga algo sobre el derecho fundamental a la no discriminación que, hasta el momento, el máximo intérprete de la Constitución dice que la Constitución no dice.

A diferencia de lo que sucede con el resto de causas de discriminación reconocidas en la Ley 15/2022, cuya conceptualización como discriminatorias por parte de esta Ley tiene carácter meramente declarativo, el reconocimiento de la enfermedad como causa de discriminación tendría carácter rabiósamente constitutivo. Por eso, aunque la STSJ Madrid 10.05.2023 no lo ve así¹³, creo que es sensato exigir que el desarrollo

13 El Tribunal afirma que "*Frente a la interpretación jurisprudencial de las causas de discriminación ilícita y, en concreto, sobre si la cláusula residual del artículo 14 de la Constitución (<cualquier otra condición o circunstancia personal o social>) incluye o no la enfermedad o el estado de salud, la Ley 15/2022, en la función de*

legal del art. 14 CE tenga carácter orgánico en este concreto punto, porque reconocer que la enfermedad es un factor de discriminación supone algo más que una mera concreción del derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 CE. De hecho, además de sensato, este rango orgánico resulta también, por lo que ahora se dirá, constitucionalmente obligado.

Y es que reconocer legalmente y con carácter general el derecho a no ser discriminado por razón de enfermedad topa con el límite a la ley ordinaria que representa llevar a cabo un desarrollo directo del art. 14 CE centrado en un derecho fundamental concreto, en este caso el derecho fundamental a la no discriminación, que es eficaz en relaciones jurídicas concretas.

La citada STConst. 76/1983 fue muy clara cuando, tras reconocer espacio a la ley ordinaria de desarrollo del art. 14 CE en los términos ya señalados, precisó que el desarrollo legal del art. 14 CE deberá adoptar naturaleza orgánica *"no por referencia a la igualdad, sino por la materia objeto de regulación, que puede coincidir con los derechos fundamentales a que se refiere el art. 81.1"*. Y, en este sentido, las SSTConst. 132/1989, 101/1991 y 173/1998, entre otras, ya establecieron que la ley orgánica es necesaria cuando la regulación de un derecho fundamental *"desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho"* y, en particular, o bien cuando se establezcan legalmente *"la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas"*, como lo es la libertad de empresa del art. 38 CE, o bien cuando, a través de la ley, se lleve a cabo una delimitación del alcance del derecho en las relaciones *inter privados*. Y la relación entre el trabajador y el empresario, según la STConst. 67/2022, es una *"modalidad paradigmática de esas relaciones con impacto en el ejercicio de derechos fundamentales"*, donde por supuesto incidiría de lleno la Ley 15/2022 al reconocer genéricamente que la enfermedad es causa de discriminación y abocando a la nulidad de los despidos producidos en situación de baja médica por IT.

Resumiendo, si la conexión entre la enfermedad y el art. 14 CE se establece en términos generales mediante una norma legal, que es lo que parece que pretende hacer la Ley 15/2022, lo que se produce es un desarrollo legislativo directo del derecho fundamental a la no discriminación del art. 14 CE que tiene innegables connotaciones orgánicas. Esta operación va mucho más allá de promocionar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación o de afectar a elementos accidentales del art. 14 CE, es decir, de mantenerse en el plano de la vertiente relacional o no autónoma del art. 14 CE; a la postre, la operación supone una ampliación del ámbito objetivo del derecho fundamental a la no discriminación. Por su objeto, efectivamente, esta operación legal se sitúa materialmente en terreno constitucionalmente reservado a la ley orgánica.

desarrollo de la Constitución y de los derechos fundamentales que compete al legislador, la ha incluido en el ámbito de aplicación".

2.3. Conclusiones

El art. 2.1 de la Ley 15/2022 necesita rango orgánico para introducir en nuestro ordenamiento el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de enfermedad. Y el art. 28.2 LOTC establece que el TC puede declarar inconstitucionales, por infracción del art. 81.1 CE, las leyes ordinarias “*que hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica*”. En este sentido, uno de los dos mecanismos para promover la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la cuestión de inconstitucionalidad —arts. 35 a 37 LOTC—, cuyo planteamiento procede, según la LOPJ, “*cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*” —art. 5.3—.

Así las cosas, la única manera posible, a mi juicio, de salvar, por parte de nuestros jueces y Tribunales, el vicio de inconstitucionalidad que supone declarar genéricamente, mediante ley ordinaria, que la enfermedad es un factor discriminatorio, ahorrando plantear la inevitable cuestión de inconstitucionalidad, es aplicar el art. 5.3 LOPJ e interpretar que el art. 2.1 de la Ley 15/2022 efectúa el reconocimiento de la enfermedad como factor discriminatorio exclusivamente en los términos excepcionales en que la STConst. 62/2008 admite que la enfermedad puede ser causa de discriminación laboral, incluyendo también los términos en que el TJUE y el TS admiten la equiparación entre enfermedad y discapacidad.

Como consecuencia de lo anterior, y contrariamente a las tesis del juzgado pamplonico y del TSJ de Madrid, los despidos no justificados que tengan como móvil exclusivamente la situación de baja médica del trabajador no tienen, como regla general, naturaleza discriminatoria y no pueden ser, sin más, judicialmente declarados nulos. Así que también por el mismo motivo, y contrariamente a lo que sostiene la Audiencia, el trato dispar en materia de incentivos salariales dispensado por la empresa como consecuencia de la situación de baja médica por IT del personal afectado no constituye una discriminación directa por enfermedad y sigue siendo legítimo en tanto que lo que hace la empresa es procurar disminuir los índices de absentismo.

Si lo que se pretende es que los despidos no justificados en situación de baja médica por IT sean nulos, las alternativas, a mi modo de ver, son cuatro:

- Transformar el derecho a la protección de la salud en un derecho fundamental.
- Modificar el art. 55.5 ET, mediante ley ordinaria, y establecer esta nueva causa de nulidad del despido.
- Que el TC diga que, en el contexto actual, la enfermedad sí puede tenerse por un factor odioso de tratamientos desiguales, en cuyo caso una ley ordinaria podría reconocer, declarativamente, que la enfermedad es una causa de discriminación.
- Aprobar una ley orgánica que establezca, constitutivamente, que la enfermedad es una causa de discriminación.

3. LA INDEMNIZACIÓN ADICIONAL A LA DEL DESPIDO IMPROCEDENTE

3.1. Consideraciones generales

El otro aspecto polémico de la sentencia del juzgado pamplonico es lo que afirma sobre la indemnización por daño moral. Esta indemnización se reconoce, ex art. 183 LRJS, cuando hay un despido discriminatorio. Sin embargo, según esta sentencia, dicha indemnización también procedería en aplicación directa del art. 24 CSE, que habla del reconocimiento a los trabajadores despedidos sin razón válida de una “*indemnización adecuada*” o de otra “*reparación apropiada*”.

Da testimonio así esta sentencia del debate jurídico existente actualmente, de gran calado, en torno a si la indemnización del art. 56.1 ET, que es una indemnización tasada, se ajusta a los parámetros del Convenio 158 OIT y, especialmente tras la ratificación de la versión revisada de la CSE, del art. 24 CSE. En nuestra doctrina científica hay quien considera que nuestra normativa se adecúa sin fricciones a la internacional¹⁴ y que además determinados rasgos de nuestra regulación del despido sustentan dicha conclusión¹⁵. Pero también hay otro importante sector que opina lo contrario¹⁶, desde cuya posición se anima a abogados y graduados sociales a incorporar los preceptos de la CSE en los fundamentos de sus pretensiones y a nuestros jueces para resolver conforme a la doctrina que interpreta la CSE del Comité Europeo de Derechos Sociales¹⁷.

En la práctica, el resultado de este debate científico es que, cuando el despido es improcedente, ya hay Tribunales que entienden que nuestra regulación no se ajusta a la CSE, aplican directamente su art. 24 y reconocen una indemnización adicional a la del art. 56.1 ET, argumentando que su naturaleza es disuasoria y reparadora, utilizando elementos de prueba del perjuicio causado por el despido como, entre otros, la pérdida de un empleo anterior, la posibilidad de acceder de nuevo al mercado de trabajo, gastos por traslado o daños psicológicos¹⁸. La STSJ Cataluña 30.01.2023¹⁹, sobre la que se volverá, es un claro exponente:

- Para reconocer la indemnización adicional argumenta que, aunque en el ordenamiento laboral la indemnización tasada “*rige legal y tradicionalmente*” en

14 Vid., J. LAHERA FORTEZA: ‘La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: Adecuación de la norma española’, *Briefs AEDTSS*, núm. 32, 2023.

15 Vid., J. LAHERA FORTEZA: ‘Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente’, *Briefs AEDTSS*, núm. 41, 2023.

16 Vid., C. SALCEDO BELTRÁN: ‘Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque’, *Briefs AEDTSS*, núm. 33, 2023.

17 Vid., C. H. PRECIADO DOMÈNECH: ‘El Protocolo de reclamaciones colectivas de la Carta Social Europea’, *Jurisdicción Social*, mayo, 2022, edición digital, pág. 36.

18 Vid., en este sentido, a título ejemplificativo, la relación de daños y perjuicios que figura en la sentencia del Juzgado de lo social núm. 10 de Barcelona 14.03.2023, rec. 655/2022.

19 Rec. 6219/2022.

los últimos tiempos estamos viendo como cada vez un mayor número de sentencias admiten la posibilidad de reconocer a los trabajadores una indemnización superior a la establecida legalmente basándose en lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT y en el art. 24 de la Carta Social Europea”.

El expediente que utilizan nuestros órganos judiciales para reconocer prevalencia aplicativa al art. 24 CSE sobre el art. 56.1 ET se conoce como control de convencionalidad, en los términos en que dicho expediente, que se traduce en un “*control difuso sobre la ley*”²⁰, fue admitido por la STConst. 140/2018²¹. Lo que, aplicado a este debate, trae como consecuencia un importante problema de seguridad jurídica, porque, aunque nuestra norma nacional aplicable establece una indemnización tasada, en la práctica sucede que ahora nuestras empresas ya no saben cuánto podrá costarles efectuar un despido improcedente.

3.2. Sobre la eficacia política, o jurídicamente diferida, del art. 24 CSE y de la doctrina interpretativa del CEDS

El esquema de fuentes del Derecho conduce hasta el capítulo tercero del título II CE —*De los Tratados internacionales*— y al desarrollo que efectúa la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

El art. 96.1 CE dispone que los tratados válidamente celebrados y publicados forman parte de nuestro ordenamiento. Y la CSE es un tratado internacional ratificado y publicado oficialmente en España. De hecho, el BOE de 11 de junio de 2021 publicó el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea —revisada—, lo que supuso la incorporación a nuestro ordenamiento del art. 24 CSE, además de incluir la declaración de España aceptando la supervisión de las obligaciones contraídas en la CSE según el procedimiento del Protocolo adicional a la CSE que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas.

Es claro, así, que el art. 24 CSE es “*jurídicamente vinculante*” en España²². Pero sucede que esta eficacia jurídica tiene que concretarse. De acuerdo con el art. 30.1 LTAI²³,

20 Vid., R. ALONSO GARCÍA: ‘El control de convencionalidad: Cinco interrogantes’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pág. 29.

21 Según el TC, el juicio de convencionalidad “*no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional*”.

22 Efectivamente, tal y como se explicita en el 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, “*el tratado es jurídicamente vinculante y las decisiones del comité de expertos (CEDS) son de obligado cumplimiento*”, vid., L. JIMENA QUESADA: ‘La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: Nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada’, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, edición digital, pág. 261.

23 El precepto establece 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 correspondientes*”.

y en el plano de la aplicación de las normas, no en el plano del art. 10.2 CE relativo a la interpretación de la normativa nacional a la luz de la internacional, la eficacia jurídica de los tratados puede ser directa o diferida. Habrá eficacia jurídica directa allá donde la norma internacional establezca mandatos claros, no condicionados, sobre su propia aplicación en la práctica judicial de los países que ratifican el tratado²⁴. Por el contrario, habrá eficacia jurídica diferida, es decir, una eficacia vinculante indirecta, cuando la norma internacional condicione su propia aplicación, es decir, el nacimiento del derecho previsto en el tratado, a la aprobación de la correspondiente legislación interna²⁵.

Pues bien, es crucial tener en cuenta que, cuando el art. 24 CSE habla de la indemnización adecuada o de otra reparación apropiada, lo hace en el contexto de su declaración inicial, conforme a la cual "*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido*", el precepto en cuestión establece que "*las Partes se comprometen a reconocer*" este derecho a indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. Es decir, lo que hace el art. 24 CSE es diferir la eficacia de su mandato sobre la indemnización en los despidos injustificados, destinándolo exclusivamente a los poderes normativos reconocidos en los Estados miembros del Consejo de Europa que han ratificado la CSE. Esto lo establece claramente la CSE, en su Parte V²⁶ y en su Anexo, Parte II²⁷.

De interés resulta observar que en la CSE no es posible encontrar alusiones, ni expresas ni implícitas, al Poder judicial como garante de este derecho a indemnización. Por consiguiente, el reconocimiento del derecho a esta indemnización adecuada está condicionado a la aprobación de la correspondiente legislación interna, o convenios colectivos. Lo que, en España, ya se produjo en el art. 56.1 ET. Sin que ello signifique, como es natural, que este precepto no pueda ser reformado.

Comoquiera que la eficacia del art. 24 CSE es diferida, o programática, cabe interpretar que, en nuestro caso, dicha eficacia vinculante se agotó con la adopción por parte de España del art. 56.1 ET. Diferente es que el CEDS pueda considerar, a la luz de lo que ya ha resuelto en relación con las legislaciones finlandesa, francesa o

24 El carácter *self executing* de la norma internacional hace que su eficacia aplicativa alcance a todos los poderes públicos de los Estados miembros de la organización internacional, quienes quedan vinculados por sus mandatos y por la necesidad de garantizar su cumplimiento, si es el caso también judicialmente.

25 La necesidad de que el Estado miembro de la organización internacional apruebe su legislación para reconocer el derecho que la norma internacional quiere que se reconozca limita el alcance de su eficacia aplicativa, puesto que la vinculación del mandato de la norma internacional se ciñe, exclusivamente, a los poderes estatales que tienen atribuida la capacidad de aprobar leyes y reglamentos.

26 En su art. 1 —*Aplicación de los compromisos adquiridos*—, que establece que las disposiciones del art. 24 CSE tienen que ser aplicadas mediante "a) *Leyes o reglamentos*; b) *acuerdos concluidos entre los empleadores o las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores*; c) *una combinación de los dos métodos anteriores*; d) *otros medios apropiados*".

27 Cuando previene que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada "*deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales*" —art. 24.4—.

italiana²⁸, que el sistema legal de indemnización tasada español no garantiza adecuadamente la protección que requiere el art. 24 CSE.

El anterior aspecto enlaza con otra "*asignatura pendiente*", además de su eficacia diferida, en relación con la CSE, que afecta a su máximo órgano de garantía. Efectivamente, el CEDS no es un órgano jurisdiccional —sigue sin ser un Tribunal Europeo de Derechos Sociales²⁹— y su doctrina³⁰, no obstante el "*respeto institucional*" que se ha ganado en las últimas décadas³¹ y su contribución al progreso en el cumplimiento de la CSE³², no puede, según confirman varios autos del TS³³, ser utilizada como doctrina de contraste ex art. 219 LRJS, que por el contrario sí incluye la doctrina del TEDH y del TJUE³⁴. Debido a su carácter extrajurisdiccional, efectivamente, esta doctrina del CEDS se mueve más, igual que la eficacia de la CSE, en el terreno de la eficacia políti-

- 28 Vid., en este sentido, sobre el alcance del art. 24 CSE en la doctrina del CEDS, citando las decisiones sobre el fondo que resuelven las correspondientes reclamaciones colectivas y explicando, en relación con la legislación francesa, que un sistema de indemnización por despido injustificado es compatible con la CSE si prevé (a) una compensación de las pérdidas económicas entre la fecha del despido y la sentencia (b) la reincorporación del trabajador y/o (c) una indemnización de una cuantía suficientemente elevada que disuada al empleador y repare el daño que ha sufrido la víctima, C. SALCEDO BELTRÁN: 'Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: No hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)', *Lex Social*, núm. 1, 2022, edición digital, pág. 630.
- 29 Vid., F. VALDÉS DAL-RÉ: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016, págs. 58 y, especialmente 89 y ss.
- 30 Respecto del art. 24 CSE, el CEDS ha emitido tres observaciones interpretativas, siete decisiones sobre el fondo y ciento tres conclusiones, de las que treinta y siete han sido de no conformidad y veintiséis pospuestas, según L. JIMENA QUESADA y C. SALCEDO BELTRÁN: 'Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita...*)', *Lex Social*, núm. 1, 2022, edición digital, pág. 619
- 31 Vid., F. VALDÉS DAL-RÉ: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, cit.
- 32 Vid., L. JIMENA QUESADA: 'La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: Nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada', cit. pág. 248.
- 33 Vid., desestimando la pretensión de un pensionista de jubilación de reconocimiento judicial del derecho a revalorización de su pensión conforme al IPC real, aportando, como doctrina de contraste, la Decisión sobre el fondo del CEDS 7.12.2012 (reclamación colectiva 76/2012, Federación de pensionistas asalariados de Grecia contra Grecia), ATS 10.01.2019 (rec. 765/2018), afirmando que la Decisión del CEDS "*no es idónea a los efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que la contradicción ha de establecerse con las sentencias que menciona el artículo 219 (...)* En particular, el párrafo 2 del artículo 219 RJS señala que podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida, entre otras, en las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España y en el ámbito del Consejo de Europa, únicamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional de estas características, rango que no ostenta el Comité Europeo de Derechos Sociales". También, ATS 07.05.2019 (rec. 3085/2018).
- 34 Vid., sobre la disparidad de los mecanismos de control del CEDH y de la CSE, J. M. DÍAZ RODRÍGUEZ: 'Fortaleza interpretativa y debilidad aplicativa de la Carta Social Europea, *El Foro de Labos*, entrada de 01.06.2023. De hecho, es significativo que, según la LOPJ —art. 5.bis—, el recurso de revisión ante el TS pueda interponerse cuando el TEDH declare que una resolución judicial firme española ha sido dictada en violación de los derechos reconocidos en el CEDH, mientras que el mismo precepto guarda silencio acerca de la aplicabilidad de la CSE y las resoluciones del CEDS.

ca, o jurídicamente diferida por cuanto que vincula exclusivamente a los poderes normativos internos, que en el terreno de la eficacia aplicativa directa cuya vulneración permite fundamentar demandas y recursos.

En estas condiciones de contraste entre la "*densidad*" de los derechos reconocidos en el ámbito del constitucionalismo laboral europeo y la "*intensidad*" de su tutela³⁵, creo que reconocer judicialmente la prevalencia aplicativa del art. 24 CSE sobre el art. 56.1 ET no es jurídicamente viable porque se desbordan los efectos del carácter *not self executing* del art. 24 CSE. En este sentido, la doctrina científica que con más solvencia defiende la virtualidad aplicativa de la CSE señala igual de honestamente que la CSE está marcada por "*la subsidiaria protección judicial*" y que "*la CSE y la jurisprudencia del CEDS son susceptibles de aprehensión en el ámbito nacional como fuentes de legitimidad, que pueden y deben ser utilizadas para la elaboración de legislación y para la implementación de políticas públicas de naturaleza social*"³⁶.

Repárese, asimismo, en que los términos utilizados por la CSE para adjetivar la indemnización —"*adecuada*"— o la reparación —"*apropiada*"— que quiere su art. 24 son extremadamente vagos y genéricos, lo que impide reconocer un mandato internacional claro y concluyente y confirma, definitivamente, que el art. 24 CSE no puede entrar aplicativamente en conflicto con el art. 56.1 ET.

3.3. El aval del Tribunal Constitucional al sistema de indemnización tasada

Por su propia estructura, y también debido a los conceptos jurídico indeterminados que utiliza, el derecho a la indemnización del art. 24 CSE es un derecho internacional de configuración legal que abre a la legislación interna distintas opciones para su reconocimiento, todas válidas, en la perspectiva de esta norma internacional, mientras sean opciones adecuadas o apropiadas, es decir, razonables.

Pues bien, España reconoce en el art. 56.1 ET una indemnización tasada cuya razonabilidad, y es el aspecto que hay que subrayar, ha sido confirmada expresamente por el TC —autos 43/2014 y 34/2015—, considerando que nuestra fórmula legal elimina dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, posibilita la unificación de criterios judiciales, simplifica el cálculo judicial de la indemnización y, en definitiva, favorece la certeza y la seguridad jurídica.

A propósito de este aval que ha recibido el art. 56.1 ET por parte del TC, conviene no perder de vista que el art. 31 LTAI³⁷ declara la prevalencia de los tratados

35 Vid., F. VALDÉS DAL-RÉ: *El constitucionalismo laboral europeo...*, cit. pág. 110.

36 Vid., L. JIMENA QUESADA: 'La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19', *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, 2021, edición digital, pág. 59.

37 El precepto establece que "*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*".

internacionales sobre las normas internas pero introduciendo la cautela explícita de que esta prevalencia no afecta a las normas estatales que tienen rango constitucional. Cautela que aquí no puede pasar desapercibida. Nuestra indemnización tasada en caso de despido improcedente está filtrada, o avalada, de forma explícita por el máximo intérprete de la Constitución. Por este motivo, a mi juicio, este control de convencionalidad del art. 56.1 ET que practican algunos jueces y Tribunales ex art. 24 CSE está, en la práctica, rozando el límite legal que representa la prevalencia de la normativa constitucional sobre los tratados internacionales.

3.4. Valoración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca del control de convencionalidad

El propio TS es y acaba de ser claro en relación con la posibilidad, controvertida³⁸, de practicar controles de convencionalidad de nuestra normativa interna. Específicamente, en la STS 02.03.2023³⁹ —rechazando el control de convencionalidad de nuestra normativa de Seguridad Social a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de 1989— y en las SSTS 28 y 29.03.2022⁴⁰ —sobre control de convencionalidad, a la luz de la CSE, del desaparecido despido por absentismo y de determinado aspecto del viejo contrato de apoyo a los emprendedores—.

El argumento principal de la STS 02.03.2023 para rechazar que el progenitor de una familia monoparental tenga derecho a la prestación de Seguridad Social por nacimiento de hijo que le hubiera correspondido al otro, es que esta prestación no está prevista en la ley —arts. 177 y ss. LGSS y art. 48.4 ET—. Pero lo que importa aquí es que el TS también ha explicado que la normativa internacional aplicable al caso, la citada CDN, solo contiene requerimientos “*dirigidos al legislador*”, advirtiendo que reconocer judicialmente el derecho a duplicar este permiso en caso de familia monoparental “*diste mucho de lo que la organización constitucional del Estado encomienda a los jueces y Tribunales*”.

Esta decisión del TS, sin embargo, es polémica porque un magistrado firma un voto particular discordante con el fallo haciendo constar que el art. 3.1 CDN⁴¹ obliga expresamente a nuestros Tribunales a tener en cuenta en sus sentencias el interés superior del niño. La eficacia, por consiguiente, de esta norma internacional —art. 3.1 CDN—, en su vertiente aplicativa, es más que diferida o programática. Y no es dudoso, en este sentido, que en la CSE no es posible encontrar una norma de similar

38 Vid., J. M^a. GOERLICH PESET: ‘El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022’, *El foro de Labos*, entrada de 11.05.2022.

39 Rec. 3972/2023.

40 Recs. 2142 y 471/2020.

41 El precepto establece que “*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

naturaleza que sirva como apoyo a nuestros jueces y Tribunales para reconocer eficacia directa al art. 24 CSE⁴².

El magistrado que firma este voto particular a la sentencia que no reconoce el derecho a duplicar el permiso por nacimiento en caso de familia monoparental sí que se muestra favorable, a diferencia de sus colegas de Sala, a practicar en ese caso un control de convencionalidad, ex art. 3.1 CDN, de nuestra legislación interna. Y lo relevante es que este mismo magistrado, favorable a este control de convencionalidad ex CDN, años antes publicó un artículo donde defendía exactamente lo contrario en relación con la posibilidad de efectuar el control de convencionalidad de nuestra normativa interna basado en la CSE⁴³. Entiende este profesor que el art. 4.4 CSE, que compromete a los Estados a reconocer el derecho de los trabajadores a un plazo de preaviso "*razonable*" en caso de finalización de la relación laboral, no es *self executing* porque no es suficientemente preciso y requiere concreción por parte de los Estados. Exactamente lo mismo que sucede con el art. 24 CSE.

Pero con el art. 3.1 CDN no pasa esto. Esta norma contiene un mandato claro y concluyente dirigido a los jueces —atender en sus medidas, incluidas sentencias, al interés superior del niño—. Pese a ello, el TS, reunido en Pleno, ha rechazado la posibilidad de efectuar este control de convencionalidad porque, en este caso, la duplicación judicial del permiso por nacimiento, no estando prevista en la LGSS, constituye una operación que situaría al juez en una posición que excede la de interpretar el Derecho. Así que no me parece aventurado afirmar que tanto el magistrado que firma este voto particular —favorable al control de convencionalidad ex CDN pero contrario al control de convencionalidad ex CSE— como el resto de sus colegas de Sala —que directamente han rechazado el control de convencionalidad ex CDN— podrían ir alimón cuando llegue la hora de unificar doctrina en relación con el control de convencionalidad del art. 56 ET ex art. 24 CSE.

Al hilo de esta idea, el ponente de la sentencia pamplonica que sirve de guía a este estudio ha publicado un trabajo en defensa de la aplicabilidad directa del art. 24 CSE donde, entre otros argumentos, expone que la STS 28.03.2022 estableció que la eficacia directa de la CSE debe ser examinada *ad casum*⁴⁴.

42 En la CSE, ya se ha comprobado, todo apunta hacia que las obligaciones que establece son mandatos dirigidos específica y exclusivamente a los órganos o poderes estatales que elaboran las normas, incluidos los convenios colectivos, no a los órganos o poderes que tienen la potestad de interpretar las normas.

43 Vid., I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN: 'Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores', *Trabajo y Derecho*, núm. 15, 2016 edición digital.

44 Pues, según afirmó el TS, "*el contenido de la CSE es muy heterogéneo, 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*", vid., C. GONZÁLEZ GONZÁLEZ: 'Indemnización adecuada en el despido improcedente: art. 24 de la Carta social europea revisada: es aplicable de forma directa', https://www.linkedin.com/search/results/content/?fromMember=%5B%22AACoAACpWHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZXGEFs%22%5D&heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAACpWHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZX

Ciertamente, lo que hizo esta sentencia fue manejar la CSE, en concreto su art. 4.4, sobre el plazo “razonable” de preaviso en caso de finalización de la relación laboral, y también las conclusiones XX-3 (2014) del CEDS que indicaban que la duración del periodo de prueba de nuestro viejo contrato de apoyo a emprendedores colisionaba con el art. 4.4 CSE. Sin embargo, es importante tener claro cuáles fueron las fuentes normativas que aplicó el TS para reconocer en ese caso, excepcional según el Tribunal⁴⁵, de rescisión de un contrato de apoyo a emprendedores durante el periodo de prueba, el derecho a indemnización por omisión del preaviso legalmente previsto en España para el despido objetivo:

- El TS no aplicó directamente el art. 4.4 CSE —e incluso se preocupó de señalar la existencia en este precepto “de un concepto jurídico indeterminado para aludir al plazo de preaviso”— sino que se movió por el camino, previsto en el Código Civil, de la aplicación de la normativa nacional —art. 53.1.c) ET— en clave de analogía —art. 4.1—.
- Y señaló el Tribunal que “La analogía del cese examinado con el despido objetivo, el principio de la buena fe contractual y la ajenidad inherente a la relación laboral inclinan a aplicar al caso el plazo de preaviso del artículo 53.1.c) ET”. De hecho, y a mayor abundamiento, el TS también dijo, en relación con el art. 4.4 CSE, simplemente que el mismo “concuera mal con un desistimiento empresarial que carece de plazo de preaviso”.

No veo claro que de esta sentencia pueda extraerse la conclusión que apunta el citado autor sobre la eficacia del art. 24 CSE⁴⁶. Sin decirlo, lo que hizo el TS fue utilizar el art. 4.4 CEDS y su interpretación por el CEDS en el marco, interpretativo y no aplicativo, del art. 10.2 CE; ello le permitió afirmar que, en esa ocasión, dicha norma internacional podía funcionar como “resorte interpretativo auxiliar”, o como “relevante apoyo de la conclusión” alcanzada en la sentencia, favorable al reconocimiento del derecho a indemnización por omisión del preaviso. Pero lo importante es que el TS alcanzó esa conclusión subrayando que se trataba de una ocasión excepcional, atendiendo a las circunstancias concurrentes y aplicando analógicamente nuestra legislación interna —art. 53.1.c) ET—. Lo cual es muy diferente de sustituir nuestra legislación interna por la aplicación de la CSE.

GEFs&keywords=carlos%20gonz%C3%A1lez%20gonz%C3%A1lez&position=7&searchId=afc166b5-7b17-4d0c-a58a-9b3f948cd1f8&sid=3_l&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A7074460012990930944%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse).

- 45 Razona el TS a propósito de que la remisión que hace el art. 4.4 CSE a los convenios colectivos “puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación. Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE”.
- 46 En el mismo sentido, A. GODINO DE FRUTOS: ‘La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea Revisada: Control de convencionalidad y posible reforma legislativa’, *FORELAB*, edición digital, https://forelab.com/S_22/Galardon-XI-Premio-Jovenes-Laboralistas-2022-Alberto-Godino.pdf, pág. 6.

Finalmente, la STS 29.03.2022 conduce al mismo resultado, a mi modo de ver, de poner contra las cuerdas la tesis científico-judicial de la eficacia directa del art. 24 CSE. El Tribunal valoró aquí nuestro derogado despido por absentismo a la luz de los Convenios de la OIT núms. 155 y 158, a la luz de la CSE y también a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1981.

No solo es que el TS concluyese que nuestra desaparecida figura legal se ajustaba a los estándares impuestos por esos tratados. Lo trascendental es que el TS confirmó de forma implícita que, cuando una norma interna está filtrada por el TC, su desplazamiento y la aplicación prevalente del tratado puede rozar el límite legal que representa la prevalencia de la normativa constitucional sobre los tratados —art. 31 LTAI—.

El TS, efectivamente, recuerda en la citada sentencia que la STConst. 118/2019 ya declaró que el viejo art. 52.d) ET *"no vulneraba el derecho fundamental a la integridad física y moral, el derecho al trabajo, ni el derecho a la protección de la salud"*. Con esta base, y advirtiendo *"que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y Tribunales (art. 5.1 de la LOPJ)"*, el TS concluyó de forma similar acerca de la inviabilidad del control de convencionalidad del despido por absentismo a la luz de los Convenios 155 y 158 OIT⁴⁷, a la luz de la CSE⁴⁸ y también el CEDAW⁴⁹.

Por consiguiente, aunque el TS no lo dijo expresamente en esta sentencia, de la misma cabría extraer la regla de que, a efectos del control de convencionalidad, cuando el TC ha resuelto sobre la adecuación a la legalidad constitucional de una determinada regulación legal, la sujeción que establece la LOPJ de todos los jueces y Tribunales a sus resoluciones —art. 5.1—, es decir, sentencias pero también autos, conduce, *de facto*, al mismo resultado al que conduce la aplicación de la regla legal de la prevalencia de las normas constitucionales sobre los tratados internacionales —art. 31 LTAI—. Por eso, los autos del TC que avalaron la constitucionalidad de nuestra indemnización tasada hacen que su control de convencionalidad ex art. 10 C 158 OIT y/o ex art. 24 CSE friccionen con el art. 31 LTAI y con el art. 5.1 LOPJ.

47 Dijo el Tribunal que *"Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC no 118/2019 y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT"*, señalando que *"por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC no 118/2019"*.

48 El TS afirmó que *"este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019"*, advirtiendo además que *"El ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica"*.

49 Señaló el Tribunal que, aunque la STConst. 118/2019 no se pronunció expresamente acerca de la tesis del recurso referida a que el despido por absentismo suponía una discriminación indirecta de las mujeres, *"la citada resolución del intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE. En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE"*.

Los enfoques del TS del control de convencionalidad son rigurosos, acaso controvertidos, como pasa con la CDN, pero no “disfuncionales”⁵⁰, sino garantes del imperio de la ley y de una correcta aplicación de nuestro sistema de fuentes. Repárese, en este sentido, en que entender que, en la aplicación judicial de la CSE, “a la jurisdicción ordinaria se extienden los mandatos aplicativo (arts. 9.1, 53.3 y 96 CE) e interpretativo (art. 10.2 CE)”⁵¹, excluyendo el juego, en la aplicación judicial de la CSE, de la garantía constitucional de eficacia aplicativa directa que establece el art. 53.1 CE, conduce, a mi juicio, al entendimiento de que nuestros órganos judiciales no pueden echar mano exclusivamente del art. 24 CSE para fundamentar sus resoluciones en lo que prevé esta norma internacional, porque carece de eficacia aplicativa directa.

3.5. Valoración de la doctrina judicial reciente sobre control de convencionalidad de nuestra indemnización legal tasada ex art. 24 CSE

La doctrina judicial que se analiza la proporciona en gran medida el TSJ de Cataluña. El arranque lo marcan sendas SSTSJ Cataluña 23.04.2021⁵² resueltas declarando la posibilidad, excepcional, de reconocer la indemnización adicional pero sin reconocerla efectivamente, revocando en este aspecto la sentencia de instancia.

De entrada, el Tribunal, manejando la STS 23.01.2013⁵³, rechaza que la indemnización del art. 56 ET devengue intereses moratorios del art. 1108 Ccivil. A continuación, y utilizando ahora la primera de estas dos sentencias, el Tribunal resuelve el recurso de la empresa, quien alegaba que el incremento de la indemnización efectuado en la instancia “supone una violación del art. 10 del Convenio 158 de la OIT, en relación con el artículo 24 de la CE”.

Estas dos sentencias versan exclusivamente sobre el art. 10 C 158 OIT porque el art. 24 CSE todavía no era eficaz en España. Y la infracción de esa norma internacional la alega la empresa, presuponiendo con ello su carencia de efecto directo. Esto dicho, considera el Tribunal que, ante la “*anomia o legislación imperfecta*” que presenta nuestro modelo legal de despido, *lege data* resulta posible “*efectuar un juicio de convencionalidad*”, operación viable en escenarios “*del todo excepcionales*”, cualificados por la concurrencia de “*dos requisitos coincidentes*”; el primero sería la “*notoria y evidente insuficiencia de la indemnización*” y, el segundo, que “*sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato*”. Pero el Tribunal también dice, a mi juicio de forma discordante con lo anterior, que admitir este control judicial de convencionalidad “*no significa que se deje de aplicar la indemnización tasada que impone nuestro ordenamiento. Esa es la*

50 Vid., L. JIMENA QUESADA: ‘La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: Nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada’, cit. pág. 264.

51 *Ibidem*, pág. 263.

52 Recs. 5233/2020, 826/2021 y 3368/2022.

53 Rec. 1119/2012.

regla general que se deriva de la ley que los jueces debemos aplicar por mandato constitucional".

El Tribunal catalán salva esta tesis interpretativo-aplicativa conectando el control de convencionalidad del art. 56.1 ET ex art. 10 C 158 OIT con la aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS, sobre ejecución de sentencias firmes de despido, por resultar este precepto, previsto en nuestra legislación positiva, *"un concreto supuesto de disponibilidad sobre las indemnizaciones tasadas"*⁵⁴.

Prosigue el Tribunal manifestando que, *"cuando la conducta extintiva del empleador cause perjuicios a la persona asalariada que superen el mero lucro cesante"*, no hay que descartar que la indemnización pueda integrarse por otros conceptos resarcitorios, *"en el marco del artículo 1106 Ccivil"*, requiriendo, para este caso, que *"esos daños sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto del juicio, lo que descarta la mera aplicación de oficio por el órgano judicial"*. De modo que, ante la ausencia de acreditación de los perjuicios, el Tribunal, señalando que *"la solución al conflicto no puede estar basada en simple voluntarismo de equidad"*, estimó el recurso de la empresa y rebajó la indemnización a la que corresponde ex art. 56.1 ET⁵⁵.

A mi modo de ver, esta solución, que se adopta en los mismos términos, por remisión a dichas sentencias, en las SSTSJ Cataluña 20.05.2021 y 16.09 y 11.11.2022⁵⁶, es muy discutible. Pudiera parecer una solución similar, por el recurso a la aplicación analógica de las normas, a la de la STS 28.03.2022, pero no es así.

Aplicar análogamente la indemnización adicional del art. 281.2.b) LRJS cabría, por lo pronto, en casos excepcionales en que, de forma similar a lo que sanciona este precepto de la LRJS, en la decisión extintiva del empresario que conduce a la declaración judicial de improcedencia sea posible apreciar un plus de antijuricidad *"en atención a las circunstancias concurrentes y a los perjuicios causados"*. No bastaría solamente con acreditar que la extinción improcedente ocasiona al trabajador perjuicios particularmente graves; también haría falta acreditar que las circunstancias concurrentes en esa extinción contractual, que lógicamente hay que entender referidas a la conducta del empresario, son particularmente graves. Y, si este es el caso, entonces la indemnización adicional reconocida por aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS tendría más naturaleza disuasoria que resarcitoria. Es más, según esta STSJ Cataluña 23.04.2021, la indemnización resarcitoria habría que obtenerla aplicando directamente, no en clave de analogía, el art. 1106 Ccivil.

El problema de aplicar el art. 1106 Ccivil para reconocer una indemnización, adicional a la tasada del art. 56.1 ET, resarcitoria de los perjuicios particularmente graves que ocasionan los despidos improcedentes no es solo que el trabajador tiene que

54 Considera este Tribunal que dicho precepto resulta en estos casos aplicable por analogía *"al poner en evidencia la voluntad legislativa de permitir superar los umbrales ordinarios, imponiendo otro límite superior"*.

55 Rebajando el importe de la indemnización desde los 60.000€ de la instancia hasta los 4.219,18€.

56 Recs. 5234/2020 y 1959/2022.

alegar en la demanda y probar en juicio la existencia de estos perjuicios particularmente graves. El gran problema tiene que ver con que este tipo de indemnizaciones del art. 1106 Ccivil no caben en el ordenamiento laboral, coincidiendo el TC⁵⁷ y el TS⁵⁸ en afirmar que la indemnización tasada laboral cumple una función sustitutoria de la indemnización resarcitoria del Derecho común.

Siendo inviable reconocer judicialmente la indemnización adicional resarcitoria aplicando el art. 1106 Ccivil, tengo para mí que el art. 281.2.b) LRJS tampoco puede ser aplicado judicialmente en clave de analogía. Si este fuera el caso —aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS interpretando el art. 56.1 ET a la luz del C 158 OIT y/o de la CSE—, la indemnización adicional que habría que reconocer tendría carácter disuasorio, mientras que la "*indemnización adecuada*" o la "*otra reparación apropiada*" que quieren tanto el art. 10 C 158 OIT como el art. 24 CSE están más centradas en su carácter resarcitorio que disuasorio.

De hecho, otra sentencia posterior, la STSJ Cataluña 14.07.2021⁵⁹, establece que, si en el proceso solo puede acreditarse la mala fe o abuso de derecho en la decisión extintiva del empresario⁶⁰, que es lo que podría fundamentar la reclamación de una indemnización disuasoria, entonces la ausencia de acreditación de la gravedad de los perjuicios causados⁶¹, que es lo que podría fundamentar la reclamación de una indemnización resarcitoria, imposibilita practicar el control de convencionalidad del art. 56.1 ET a la luz del art. 10 C 158 OIT.

Lo curioso es que, en esta última sentencia, como fundamento de la demanda se utiliza el art. 10 C 158 OIT, aunque manejando como pautas interpretativas dos deci-

57 Según la STConst. 41986, la indemnización tasada por despido improcedente "*no guarda una relación de identidad con los perjuicios que pueda sufrir el trabajador*", sino que "*se concibe como una cantidad que sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, y que opera (si bien ex lege) de modo similar a la cláusula penal en los contratos cuando no se le da otro carácter, es decir, como una suma que ha de abonar el empresario al trabajador como consecuencia de despido sin causa legal, la cual cumple una función sustitutoria del resarcimiento de perjuicios, aunque no se calcula en función de los mismos*".

58 Según la STS 31.05.2006 —rec. 5310/2004—, "*cuando existe una previsión indemnizatoria específica en la norma laboral no es factible acudir a las previsiones de la misma naturaleza del derecho común*", teniendo en cuenta además el "*contenido netamente distinto de las normas de resarcimiento en uno y otro sector del ordenamiento*", refiriéndose al ordenamiento civil y al laboral. Y añade el TS que "*Mientras el resarcimiento civil tiene en cuenta, en principio, el daño emergente y el lucro cesante efectivamente producidos por una actuación antijurídica (artículos 1106 y siguientes CC), el resarcimiento por despido tiene en cuenta de un lado el daño injusto efectivamente producido (aunque este factor no ha de concurrir necesariamente, en cuanto en el ordenamiento español se indemnizan o compensan los despidos económicos procedentes), y de otro lado el coste de reinserción en el mercado de empleo o en otra actividad profesional, un coste que suele aumentar con el paso del tiempo, y que se calcula por ello en función de la antigüedad en la empresa. En este contexto se reserva una posición de segundo orden al lucro cesante...*".

59 Rec. 1811/2021.

60 En el caso resuelto en esta sentencia, la mala fe o abuso de derecho de la decisión extintiva de la empresa pudo apreciarse al hilo de la existencia de una práctica empresarial consistente en "*desistir de los contratos de trabajo a su mera voluntad sin tener que justificar ni siquiera mínimamente los mismos*".

61 En el caso resuelto en esta sentencia, el único perjuicio se concretaba en "*la pérdida del puesto de trabajo y de la retribución*", que, según el Tribunal, "*ya queda cubierto con la indemnización tasada legalmente*".

siones de fondo del CEDS y orillando el material interpretativo que, como las resoluciones del CEDS, constituyen igualmente los informes de la Comisión de expertos de la OIT en aplicación de Convenios y Recomendaciones.

Esta STSJ Cataluña 14.07.2021 explica, de inicio, que no concurre el obstáculo procesal —falta de concreción en la demanda del porqué de la indemnización adicional— para el reconocimiento de la indemnización adicional que concurría en sus anteriores sentencias de abril y mayo. En esta ocasión, en efecto, la indemnización adicional solicitada adoptaba doble fundamento, disuasorio⁶², con el apoyo de las decisiones de fondo del CEDS 09.09.2016 y 11.9.2019, y resarcitorio⁶³.

Pues bien, estima el Tribunal catalán que la tesis de la sentencia de instancia referida a que la indemnización disuasoria puede reconocerse interpretando el art. 10 C 158 OIT, en los términos en que reflejan aquellas dos decisiones de fondo del CEDS, *"es digna de consideración, especialmente después de la reciente ratificación por parte del Estado español, en fecha 17.5.21, de la Carta Social Europea Revisada"*. Argumenta renglón seguido acerca de que sus sentencias de abril y mayo de 2021 ya reconocieron la posibilidad excepcional de incrementar la indemnización para *"alcanzar el carácter adecuado"* que exige el art. 10 C 158 OIT, aunque el Tribunal deja en la sombra mencionar que esas dos sentencias reconocieron que a esta indemnización excepcional no se llegaba aplicando directamente esa norma internacional, sino el art. 281.2.b) LRJS en clave de analogía. El recurso de la empresa, por su parte, cuestiona la viabilidad del control de convencionalidad ex C 158 OIT⁶⁴.

De cara a ofrecer una solución, y tras una lectura de la decisión del CEDS 11.09.2019, el Tribunal catalán concluye que para poder practicar el control de convencionalidad *"deviene indispensable también este elemento de la insuficiencia resarcitoria"*, no pudiendo, por tanto, hablarse, en ese caso, de *"una situación o escenario excepcional que justifique que, en aplicación del control de convencionalidad, se haya de fijar, por mandato del art. 10 del Convenio 158 OIT, una indemnización superior más adecuada que la fijada en la normativa interna"*.

El resultado final, correcto, de revocar en esta sentencia de julio de 2021 la indemnización superior reconocida en instancia, ajustándola a la tasada del art. 56.1 ET, no oculta, sin embargo, el gran problema que, a la luz de la jurisprudencia constitucional y ordinaria que establece que la indemnización tasada del art. 56.1 ET sustituye en el ordenamiento laboral a la indemnización resarcitoria del art. 1106 Ccivil, supone

62 La indemnización disuasoria se solicita *"atendidas las circunstancias concurrentes (exiguo importe de la indemnización tasada en comparación con el volumen de la empresa, carácter ficticio de la causa de despido invocada y la práctica empresarial y generalizada de despedir sin causa)"*.

63 Se solicita una indemnización resarcitoria de los *"daños específicos"* causados por *"el abandono de una colocación anterior a la aceptación de la oferta de la demandada, la situación de vulnerabilidad económica (al estar divorciada) y el trastorno ansioso-depresivo generado"*.

64 Argumentaba el recurso que *"el art. 56 ET ya prevé la disposición del Convenio no 158 con la indemnización tasada y el derecho a desempleo por la extinción, por lo que la improcedencia debe ceñirse a una indemnización regulada en nuestro Estatuto de los Trabajadores"*.

reconocer la viabilidad de reclamar una indemnización adicional de dicha naturaleza resarcitoria ex art. 10 C 158 OIT y/o ex art. 24 CSE.

Señalado el anterior problema, cabe también señalar, en línea con esta idea, que otra relevante sentencia es la STSJ Cataluña 13.05.2022⁶⁵, y dice exactamente esto sobre la jurisprudencia constitucional y ordinaria, es decir, lo contrario de lo que dicen las sentencias hasta ahora referenciadas.

Según esta última sentencia, que conoce y cita la STSJ Cataluña 23.04.2021, la sentencia de instancia cuantificó correctamente la indemnización, ajustándose al art. 56.1 ET, porque en nuestro ordenamiento rige una fórmula legal de indemnización tasada que no permite al juzgador valorar de otro modo los daños y perjuicios. Y recuerda además que la indemnización tasada, según el TC, *"tampoco se opone al Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, cuyo art. 10 (...) se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de <una indemnización adecuada>, sin precisar los elementos de determinación"*. Por este motivo, la Sala, correctamente, explica que no es posible reconocer una indemnización adicional.

Otra sentencia importante es la STSJ Cataluña 30.05.2022⁶⁶, porque se mueve en la línea de la STS 28.03.2022 que utilizó, de acuerdo pero sin decirlo con el art. 10.2 CE, el art. 4.4 CSE como resorte interpretativo auxiliar. En esta ocasión, pese a declarar el Tribunal catalán que el art. 24 CSE no puede aplicarse porque *"no entró en vigor hasta el 1 de julio de 2021"*, entiende no obstante, citando y transcribiendo la STSJ Cataluña 23.04.2021, que *"ello no impide que recordemos que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), con relación a otros sistemas indemnizatorios por despido, como puede ser el italiano, ya se ha pronunciado a través de la Resolución de 11 de septiembre 2019"*. En todo caso, lo que importa destacar es que el Tribunal considera que tanto este precepto de la CSE como el art. 10 C 158 OIT *"son de dudosa aplicación directa con respecto a los despidos antijurídicos"*.

Señalada de este modo por el Tribunal catalán la eficacia jurídica diferida del art. 24 CSE, el Tribunal, sin embargo, echa mano de la STConst. 140/2018, que admite la posibilidad de practicar el difuso control de convencionalidad, y considera que, a la luz de la doctrina del CEDS, la indemnización tasada puede excepcionalmente no tener finalidad disuasoria o resultar cuantitativamente insuficiente; por ello, el Tribunal apuesta, *"como lo más correcto"* en estos casos excepcionales, no por aplicar directamente el art. 24 CSE sino por *"acudir a la institución que por semejanza regula el art. 281.2.b) de la LRJS, siempre claro está, que se acredita la concurrencia de determinadas circunstancias y los perjuicios"*.

Ciertamente, el mecanismo de la aplicación analógica de las normas está previsto en el Ccivil y el TS lo ha admitido en un supuesto similar utilizando como auxilio

65 Rec. 500/2022.

66 Rec. 538/2022.

interpretativo la CSE, lo que en el caso del TS puede considerarse adecuado a la pauta del art. 10.2 CE. Sin embargo, a mi modo de ver, es más difícil utilizar en clave interpretativa, ex art. 10.2 CE, el art. 24 CSE para llegar a la aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS —en el caso de los despidos improcedentes— para reconocer una indemnización adicional a la tasada, que llevar a cabo la aplicación analógica del art. 53.1.c) ET para reconocer el derecho a indemnización por omisión del preaviso ante una rescisión durante el periodo de prueba de un contrato de apoyo a emprendedores. Efectivamente, lo cierto es que, en el caso de los despidos improcedentes, hay jurisprudencia constitucional y ordinaria que avala la legalidad y la razonabilidad de la indemnización tasada, lo que dificulta utilizar la pauta interpretativa del art. 10.2 CE.

En todo caso, a mi juicio, la lectura, positiva, de esta STSJ Cataluña 30.05.2022 es que, en la medida en que aplica nuestra legislación interna, confirma que el control de convencionalidad ex art. 10 C 158 OIT y/o ex art. 24 CSE no es viable en nuestro ordenamiento.

La última sentencia del TSJ de Cataluña que se maneja en este estudio es la ya citada STSJ Cataluña 30.01.2023, que reconoce una indemnización adicional por referencia a la prestación extraordinaria por desempleo que hubiera podido corresponder tras el ERTE por fuerza mayor-COVID que la empresa tramitó unos días después del despido objetivo declarado improcedente.

Esta sentencia, después de expresar que cada vez más sentencias admiten este control de convencionalidad, se remite directamente a las SSTSJ Cataluña 23.04 y 14.07.2021, transcribiendo también la STSJ Cataluña 11.11.2022 —que resuelve en los mismos términos que la de abril de 2021—. Sin embargo, ni la cita de la STSJ Cataluña 23.04.2021⁶⁷ ni la cita de la STSJ Cataluña 14.07.2021⁶⁸ son adecuadas, a mi juicio, a los efectos de fundamentar, por remisión, el fallo de esta STSJ Cataluña 30.01.2023. De hecho, la STSJ Cataluña 14.07.2021 estableció además que, si no se alegan y prueban en juicio los perjuicios particularmente graves causados por el despido, el control de convencionalidad del art. 56.1 ET no puede realizarse.

Pues bien, lo que hace la STSJ Cataluña 30.01.2023 es prescindir, sin motivación, de las consideraciones de las sentencias que cita acerca de la aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS y fiarlo todo, indebidamente, al control de convencionalidad y aplicación directa del art. 10 C 158 OIT y/o del art. 24 CSE. Y frente a la exigencia por parte de la STSJ Cataluña 14.07.2021 de prueba rigurosa de los perjuicios especialmente graves ocasionados por un despido improcedente adoptado de mala fe o en abuso de Derecho, la STSJ Cataluña 30.01.2023, en su razonamiento, refleja

67 Esta sentencia, como se ha visto, no aplicó el control de convencionalidad. Lo que hizo esta sentencia fue admitir la posibilidad, excepcional, de realizar una aplicación analógica del art. 281.2.b) LRJS interpretando nuestra normativa de acuerdo a como el CEDS interpreta el art. 24 CSE.

68 Según esta sentencia, para reconocer la indemnización adicional lo correcto sería aplicar el art. 281.2.b) LRJS en clave de analogía.

la existencia de distintos puntos oscuros⁶⁹ que, a mi juicio, el Tribunal pasa por alto cuando manifiesta que *"ello no ha de impedir el resarcimiento, al menos en parte, del lucro cesante de la actora"*⁷⁰.

Además de admitir de forma acrítica un control de convencionalidad en términos genéricos, sin cuestionar la eficacia directa de la normativa internacional, me parece también, dado el escaso rigor de la prueba de los daños, que esta sentencia está a una gran distancia de las sentencias que cita y que constituyen, por remisión, sus propios fundamentos jurídicos. Esta STSJ Cataluña 30.01.2023 se acerca peligrosamente, a mi modo de ver, a la misma solución basada *"en simple voluntarismo de equidad"* que todas las sentencias que cita quieren evitar.

Este análisis judicial se cierra con la STSJ Castilla-La Mancha 10.02.2023⁷¹ y con la STSJ Madrid 24.03.2023⁷². Ambas rechazan el control de convencionalidad ex art. 10 C 158 OIT y/o art. 24 CSE⁷³, situándose en la línea, correcta, de la STSJ Cataluña 13.05.2022, que es la única sentencia catalana analizada que aplica la jurisprudencia constitucional y ordinaria que establece que en el ordenamiento laboral no cabe más indemnización por despido improcedente que la del art. 56.1 ET.

De la sentencia castellano-manchega interesa que, además de recordar que otras sentencias de la misma Sala ya rechazaron reconocer la indemnización adicional atendiendo a que las disposiciones del C 158 de la OIT *"no son directamente ejecutables sino a través de la legislación nacional"*⁷⁴, explica que la constitucionalidad del sistema de indemnización tasada está reconocida en el ATC 43/2014, el cual además explica por qué esta fórmula no se opone al art. 10 C 158 OIT. Y la sentencia madrileña, en la misma línea, reconoce el art. 24 CSE como un mero *"principio programático"*, aplica el criterio de la interpretación literal de las normas del art. 3.1 Ccivil y declara que *"el principio garantista e indemnizatorio previsto en la normativa supranacional se encuentra aplicado en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos arriba transcritos: 56 Estatuto de los Trabajadores y 110 de la LRJS"*.

Por otra parte, según esta última sentencia, *"el juez de instancia, carece de competencia para declarar la inaplicabilidad de un precepto vigente en nuestro ordenamiento"*. Afirmación polémica, puesto que el control de convencionalidad que permite el TC

69 El Tribunal desconoce si la trabajadora cumplía los requisitos para acceder a la prestación extraordinaria por desempleo; también desconoce cuánto duró el ERTE y cuándo retomó la empresa su actividad tras el ERTE

70 Y con esta determinación, al Tribunal le parece adecuado utilizar como término final del cómputo de la prestación extraordinaria por desempleo reclamada como lucro cesante no el día en que la trabajadora encontró otro trabajo, que era lo que reclamaba la trabajadora, sino el día en que finalizó el estado de alarma —unos 5 meses antes de que la trabajadora encontrase otro trabajo—.

71 Rec. 2158/2022.

72 Rec. 44/2023.

73 En la sentencia castellano-manchega puede leerse que *"la Sala no comparte los razonamientos que se contienen en la STSJ de Cataluña de 14-7-2.021"*.

74 Sentencia de 1 de diciembre de 2021 (rec. 1807/2020).

permite a los jueces justamente eso, inaplicar una norma interna vigente y aplicar en su lugar un tratado internacional. Lo que sucede es que, para poder aplicar el tratado y desplazar la aplicación de la norma interna, el tratado tiene que establecer, con eficacia directa, un estándar de protección claramente más favorable. Y el caso es que de los arts. 10 C 158 OIT y 24 CSE no es posible afirmar su eficacia directa, siendo además dudoso, tal y como reconoce el TC, que nuestro estándar de protección de la indemnización tasada no sea razonable o sea menos favorable que el que quieren las citadas normas internacionales utilizando los conceptos jurídico indeterminados que utilizan.

De la sentencia madrileña también me parece discutible que conmine a nuestros órganos judiciales a plantear una cuestión de inconstitucionalidad si consideran que el art. 56 ET infringe el art. 24 CSE. Por lo pronto ello obligaría al TC a pronunciarse sobre un asunto, la razonabilidad de la indemnización tasada, ya resuelto en sede constitucional. Ello al margen, creo que reconocer esta posibilidad supone forzar la letra de la ley —art. 35.1 LOTC—, porque previene que la cuestión de inconstitucionalidad se interpone cuando un juez o Tribunal considera que una norma con rango de ley se opone a la Constitución, no a un tratado.

A mi juicio, si un órgano judicial considera que el art. 56.1 ET se opone al art. 24 CSE, siempre podrá hacerlo constar en su sentencia, como *obiter dicta*, y reclamar, *lege ferenda*, la correspondiente reforma legislativa. Pero nada más. El carácter *not self executing* del art. 24 CSE, unido a la sujeción del juez al imperio de la ley y al cumplimiento de su función jurisdiccional⁷⁵, impiden al órgano judicial ir en este caso más allá de aplicar estrictamente el art. 56.1 ET. La distinción, ex art. 30 LTAI, entre normas internacionales *self executing* y *not self executing*, aunque pueda resultar anacrónica⁷⁶, es una distinción legal, vigente en nuestro ordenamiento, y que nuestros órganos judiciales no pueden subvertir.

Por mucho que el expediente del control de convencionalidad ponga en manos de nuestros jueces y Tribunales ordinarios, no del TC, la posibilidad de inaplicar una norma interna para aplicar en su lugar un tratado internacional, la prerrogativa de valorar el adecuado ejercicio de este control de convencionalidad no queda sustraída, en absoluto, a la competencia del TC. Así lo señaló la citada STConst. 140/2018⁷⁷,

75 Vid., J. M^a. GOERLICH PESET: '(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o auto-contención judicial?', *Labos*, núm. 1, 2021, edición digital, págs. 13-14.

76 Vid., C. MOLINA NAVARRETE: 'Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo <abre la veda> de la indemnización disuasoria?', *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 469, 2022, edición digital, pág. 250, hablando de una diferenciación "*antigua, heredada del derecho norteamericano decimonónico y que ha creado más confusiones en los tribunales que operatividad*".

77 Conforme a la cual, el TC puede "*en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE*". Y añade el TC que el art.24.1 CE "*garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable*".

conforme a la cual el TC no descarta que puedan existir controles judiciales de convencionalidad que apliquen el tratado y desplacen la aplicación de la normativa interna de manera arbitraria, irrazonada o irrazonable, en cuyo caso se produciría un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y mi impresión es que el control de convencionalidad del art. 56.1 ET ex art. 24 CSE violenta los arts. 30 y 31 LTAI, también el art. 5.1 LOPJ y que, en algún caso, dada la falta de motivación de la sentencia e incluso los desajustes que cabe apreciar con respecto a las sentencias que le sirven de fundamento, podría interferir con el art. 24 CE en los términos que describe el TC.

3.6. Conclusiones

Se podrá estar más o menos de acuerdo en relación con si la indemnización del art. 56.1 ET es o no razonable, en los términos del art. 24 CSE. Es legítimo interpretar que sí; igual que interpretar que no y reclamar que un nuevo ET mejore el cumplimiento del art. 24 CSE⁷⁸.

El debate legislativo sobre la conveniencia de reformar nuestro sistema de indemnización por despido improcedente ya estaba en ciernes antes de la convocatoria anticipada de elecciones generales. Debate que, si así se considera, podría retomarse por el nuevo Gobierno que salga en breve de las urnas. En el marco de este debate, la interpretación auténtica que hace el CEDS del art. 24 CSE tendrá que ser manejada y resultará valiosa a efectos de animar y enriquecer dicho debate, siempre que sea una debate legislativo, no judicial, porque el debate está cerrado, en este último caso, por el art. 96 CE, por el TC, por la LTAI y por la LOPJ. Es, además, deseable que las soluciones normativas a las que, en su caso, se llegue tras el debate legislativo se alcancen con el consenso de los interlocutores sociales, para garantizar su perdurabilidad en aras de la necesaria seguridad jurídica.

De hecho, una vez aceptado en junio de 2021 el sometimiento de nuestro país al protocolo de reclamaciones colectivas ante el CEDS, España está a la espera de conocer el sentido de la resolución por parte del citado organismo de las reclamaciones colectivas respectivamente presentadas por UGT y por CCOO en relación con esta materia de la indemnización adicional. Así que habrá que esperar a que el CEDS estudie las alegaciones del Reino de España y finalmente se pronuncie, siendo de interés remarcar que, tal y como se ha explicado⁷⁹, las citadas alegaciones del Gobierno

no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia".

78 Como hace A. PAZOS PÉREZ: 'Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada en el despido improcedente', *Briefs AEDTSS*, núm. 45, 2023.

79 Vid., E. ROJO TORRECILLA: 'Estreno de la miniserie <La indemnización por despido: el Reino de España ante el Comité Europeo de Derechos Sociales> (spoiler: falta el capítulo final)', El blog de Eduardo Rojo, *El nuevo y cambiante mundo de las relaciones laborales*, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2023/03/estreno-de-la-miniserie-la.html>.

español, contrarias a la petición de UGT y mayoritariamente también a las de CCOO, son una nueva disfunción de las “*varias almas*” del actual Gobierno en funciones en tanto que el “*desajuste*” entre las tesis del documento y las manifestaciones de la vicepresidenta segunda y titular del MITE son “*realmente muy amplias*”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R.: ‘El control de convencionalidad: Cinco interrogantes’, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A.: ‘La Ley integral para la igualdad: Un frágil puente entre el Derecho europeo y la Constitución’, *Temas Laborales*, núm. 165, 2022, edición digital
- ATIENZA NAVARRO, M^a. L.: ‘El art. 14 C.E. y la igualdad por razón de sexo’, *Lunes 4,30. Informativa de derecho privado y registral*, núm. 199, 1996
- BALLESTER PASTOR, I.: ‘La expansión aplicativa de la Ley integral para a igualdad de trato y la no discriminación: Secuelas sociolaborales’, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 64, 2023, edición digital
- DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M.: “Fortaleza interpretativa y debilidad aplicativa de la Carta Social Europea”, *El Foro de Labos*, entrada de 01.06.2023
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: ‘Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores’, *Trabajo y Derecho*, núm. 15, 2016 edición digital
- GODINO DE FRUTOS, A.: ‘La indemnización por despido improcedente ante la Carta Social Europea Revisada: Control de convencionalidad y posible reforma legislativa’, *FORELAB*, edición digital, https://forelab.com/S_22/Galardon-XI-Premio-Jovenes-Laboralistas-2022-Alberto-Godino.pdf
- GOERLICH PESET, J. M^a.: ‘(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?’, *Labos*, núm. 1, 2021, edición digital
- GOERLICH PESET, J. M^a.: ‘El control de convencionalidad ante el Tribunal Supremo: sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022’, *El foro de Labos*, entrada de 11.05.2022
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: ‘Indemnización adecuada en el despido improcedente: art. 24 de la Carta social europea revisada: es aplicable de forma directa’, [https://www.linkedin.com/search/results/content/?fromMember=%5B%22A-CoAACpwHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZXGEFs%22%5D&heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAACpwHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZXGEFs&keywords=carlos%20gonz%C3%A1lez%20gonz%C3%A1lez&position=7&searchId=afc166b5-7b17-4d0c-a58a-9b3f948cd1f8&sid=3_l&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A7074460012990930944%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)](https://www.linkedin.com/search/results/content/?fromMember=%5B%22A-CoAACpwHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZXGEFs%22%5D&heroEntityKey=urn%3Ali%3Afsd_profile%3AACoAACpwHCsB37RRyg0AvwrUi58IFcz-AZXGEFs&keywords=carlos%20gonz%C3%A1lez%20gonz%C3%A1lez&position=7&searchId=afc166b5-7b17-4d0c-a58a-9b3f948cd1f8&sid=3_l&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A7074460012990930944%2CBLENDED_SEARCH_FEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse))

- GOÑI SEÍN, J. L.: 'La Ley 15/2022, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, y el despido por enfermedad', *Justicia & Trabajo*, núm. 1, 2022, edición digital
- JIMENA QUESADA, L.: 'La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19', *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 460, 2021, edición digital
- JIMENA QUESADA, L.: 'La aplicación judicial de la Carta Social Europea en España: Nuevas garantías para los derechos sociales tras la ratificación de la versión revisada', *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 50, 2022, edición digital
- JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C.: 'Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita*...)', *Lex Social*, núm. 1, 2022, edición digital
- LAHERA FORTEZA, J.: 'La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: Adecuación de la norma española', *Briefs AEDTSS*, núm. 32, 2023
- LAHERA FORTEZA, J.: 'Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente', *Briefs AEDTSS*, núm. 41, 2023
- MOLINA NAVARRETE, C.: 'Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo <abre la veda> de la indemnización disuasoria?', *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 469, 2022, edición digital
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: 'Despidos en situación de baja por IT tras la Ley 15/2022: Improcedentes, no nulos, como regla general', *Briefs AEDTSS*, núm. 28, 2023
- MONREAL BRINGSVAERD, E.: 'Guardias domiciliarias: una inadecuada aplicación judicial de la carta social europea (sentencia del juzgado de lo social núm. 2 de Guadalajara 28.01.2022)', *El Foro de Labos*, entrada de 04.05.2023
- PAZOS PÉREZ, A.: 'Reflexión en relación con la adecuación de la indemnización tasada en el despido improcedente', *Briefs AEDTSS*, núm. 45, 2023
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H.: 'El Protocolo de reclamaciones colectivas de la Carta Social Europea', *Jurisdicción Social*, mayo, 2022, edición digital
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: 'Igualdad y no discriminación en el empleo', *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2001, edición digital
- ROJO TORRECILLA, E.: 'Estreno de la miniserie <La indemnización por despido: el Reino de España ante el Comité Europeo de Derechos Sociales> (spoiler: falta el capítulo final)', El blog de Eduardo Rojo, *El nuevo y cambiante mundo de las relaciones laborales*, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2023/03/estreno-de-la-miniserie-la.html>
- RUBIO LLORENTE, F.: 'La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción', *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, edición digital

SALCEDO BELTRÁN, C.: 'Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 de la Carta Social Europea revisada: No hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)', *Lex Social*, núm. 1, 2022, edición digital

SALCEDO BELTRÁN, C.: 'Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque', *Briefs AEDTSS*, núm. 33, 2023

VALDÉS DAL-RE, F.: *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016