

TRABAJO FIN DE MÁSTER

Máster en Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

**Escuela de Prácticas Jurídicas del Ilustre Colegio de Abogados
de Santa Cruz de Tenerife**

Curso: 2021/2022

Convocatoria: julio

EL IMPACTO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO Y SU INVOCACIÓN DIRECTA ANTE LOS TRIBUNALES.

The impact of the European Social Charter (revised) on our legal order and its direct invocation before the courts.

Realizado por la alumna: Pedriuska Corotomo Hernández Guacarán.

Tutorizado por la Doctora: Dña. Dulce María Cairós Barreto.

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

RESUMEN

La Carta Social Europea (1961) es el segundo instrumento de derechos humanos del que dispone el Consejo de Europa para salvaguardar los derechos sociales. Entre estos derechos encontramos los relativos a cuestiones de vivienda, salud, educación, protección jurídica y social, libre circulación de personas, así como la protección en el ámbito laboral.

Con motivo de la ratificación de la Carta Social Europea *revisada*, tiene entrada en este gabinete jurídico asesor escrito por el que se solicita la elaboración de un dictamen jurídico que ponga de relieve el carácter directamente invocable de la Carta ante los tribunales españoles, así como la necesidad de adaptar, a través de una reforma legislativa, nuestra ley interna, es decir, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Con el fin de adecuar nuestra normativa, en parte, a lo pretendido por las disposiciones de la Carta, se desarrollará una propuesta de reforma en los siguientes extremos: artículo 27, el Salario Mínimo Interprofesional; artículo 34, relativo a la Jornada (*apartados 2 y 5*); artículo 35, las horas extraordinarias; y, quizás el punto con más enjundia, el artículo 56 el despido improcedente.

ABSTRACT.

The European Social Charter (1961) is the second human rights instrument available to the Council of Europe, to safeguard social rights. Among these rights we find those related to issues of housing, health, education, legal and social protection, free movement of people, as well as protection in the workplace.

On the occasion of the ratification of the revised European Social Charter (1996), it has entered this legal advisory cabinet in writing requesting the preparation of a legal opinion that highlights the directly invokeable nature of the Charter before the courts Spanish, as well as the need to adapt, through a legislative reform, our internal law, that is, the Royal Legislative Decree 2/2015, of October 23, which approves the consolidated text of the Law of the Statute of Workers. In order to adapt our regulations, in part, to what is intended by the provisions of the Charter, a reform proposal will be developed in the following extremes: article 27, the Minimum Interprofessional Wage; article 34, relative to the workday (paragraphs 2 and 5); article 35, overtime; and, perhaps the most substantial point, article 56 on unfair dismissal.

ÍNDICE

I. Objeto del dictamen.....	1
II. Marco teórico conceptual: La Carta Social Europea en el contexto del derecho internacional invocable en España.....	1
I. Antecedentes de la Carta.	1
II. Estructura, contenido y alcance de la Carta Social Europea (1961).....	3
III. La versión revisada de la Carta (1996).....	6
IV. El Comité Europeo de Derechos Sociales.	8
V. Garantías de cumplimiento de las obligaciones de la Carta Social Europea:	
11	
1. El sistema de informes.....	11
2. El sistema de reclamaciones colectivas del Protocolo Adicional de 1995.....	14
VI. ¿Control de constitucionalidad o control de convencionalidad?.....	16
VII. El Proceso de Turín.	19
III. Normativa aplicable a la propuesta legislativa.	20
IV. Materias objeto de la propuesta de reforma.	21
V. Reflexiones finales.....	36
VI. Bibliografía y webgrafía.....	39
VII. ANEXO. Normativa y jurisprudencia consultada.....	41

La Carta se ha convertido en un auténtico <<testigo>>, o punto de referencia de una Europa en evolución, del sentido de esa revolución, del sentido de toda una arquitectura de Política Laboral y Social (...)

La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000. José Vida Soria.

I. Objeto del dictamen.

Con motivo de la ratificación de la Carta Social Europea *revisada* (en adelante CSEr), tiene entrada en este gabinete jurídico asesor escrito por el que se solicita la elaboración de un dictamen jurídico que ponga de relieve el carácter directamente invocable de la Carta ante los tribunales españoles, así como la necesidad de adaptar, a través de una reforma legislativa, nuestra ley interna, es decir, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante LET). Con el fin de adecuar nuestra normativa, en parte, a lo pretendido por las disposiciones de la Carta, se desarrollará una propuesta de reforma en los siguientes extremos: artículo 27, el Salario Mínimo Interprofesional; artículo 34, relativo a la Jornada (*apartados 2 y 5*); artículo 35, las horas extraordinarias; y, quizás el punto con más enjundia, el artículo 56 el despido improcedente.

II. Marco teórico conceptual: La Carta Social Europea en el contexto del derecho internacional invocable en España.

I. Antecedentes de la Carta.

Con el fin de salvaguardar los derechos humanos, en la esfera internacional, surgió la necesidad de su protección y tutela fuera del marco de los textos constitucionales. Es por ello que, en diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, sin efecto vinculante, siendo ésta un hito en la historia de los derechos humanos. De forma casi coetánea fue adoptado, en noviembre de 1950, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales por parte del Consejo de Europa, entrando en vigor en 1953. No obstante, es fundamental recordar que desde 1919, con la Parte XIII del Tratado de Versalles, ya contaba la comunidad internacional con una declaración de derechos sociales.

De forma simultánea a la preocupación internacional de defensa de los derechos de carácter social, surgió la necesidad de regular en los textos constitucionales el conjunto de estos derechos propios de la sociedad. De ahí que se produjera una transformación de la figura del Estado hacia una concepción más social, debido a que la naturaleza de tales derechos requería de unos procedimientos más garantistas de los ya preexistentes.

Esta nueva red de derechos, reconocidos de forma internacional y nacional, supuso la creación de una Comisión de Asuntos Sociales, dependiente del Consejo de Europa, para con el fin de instaurar un Derecho común del trabajo¹. Debe destacarse de la labor del Consejo su intervención en los asuntos de índole social, tales como la emigración de los trabajadores o la seguridad social. De esta labor política-social surgió la creación del Comité Social, dependiente del Comité de Ministros, que asumió el mandato de instaurar un Programa Social, dando lugar así a la redacción de un anteproyecto de la CSE.

Con el propósito de impulsar tal anteproyecto, se elaboró un proyecto “definitivo” que, con posterioridad, fue sometido - por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) - a debate en una conferencia tripartita, compuesta por representantes gubernamentales, representantes de organizaciones patronales y representantes de organizaciones obreras. De las conclusiones de dicha conferencia, tras diversas modificaciones, emana el texto definitivo de la CSE, firmado en Turín el 18 de octubre de 1961. Debemos hacer hincapié en que, desde aquel momento ya se demostraba la poca, por no decir inexistente, intención de compromiso con la Carta por parte de los Estados firmantes, ya que era pretendido por las delegaciones que existiera un núcleo común de disposiciones “obligatorias” y, que las restantes fueran adoptadas de forma voluntaria en función de los intereses de los Estados Parte.

En lo relativo a la CSE, previo a una descripción y análisis de la misma, debe enfatizarse que nos encontramos ante el Tratado internacional que instaura un sistema de derechos sociolaborales equiparables con los propios derechos humanos. Es decir, nos encontramos ante el instrumento más garantista y protector, en materia de derechos de los trabajadores, de nuestro ordenamiento jurídico interno y de la esfera internacional.

¹ RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1962). “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, nº 53, pp. 139.

II. Estructura, contenido y alcance de la Carta Social Europea (1961).

Fruto de la preocupación, del Consejo de Europa, de protección y salvaguarda de los derechos sociales enmarcados en una Europa aún en deuda con el progreso económico y social, se adoptó el texto de la CSE que entra en vigor el 26 de febrero de 1965, considerada como *La Constitución Social de Europa*.

Entrando en el plano estructural de la Carta observamos una primera parte, relativa a la vinculación de las Partes contratantes, por la que reconocen su obligación de establecer las condiciones necesarias para el efectivo cumplimiento de los derechos y principios sociales que se enmarcan en diecinueve puntos. Así las cosas, es importante enfatizar que esta parte primera no contemplaba ningún medio de control sobre las obligaciones de los contratantes, por lo que debe ser considerada desde un punto meramente *programático*².

De la segunda parte del texto se dilucida un carácter más vinculante y con efectos de obligatoriedad para los Estados firmantes. Lo pretendido en este punto, no es más que asegurar el compromiso que asumen los poderes legislativo y ejecutivo con los mandamientos de la Carta, debiendo poner en marcha los Estados contratantes todos los mecanismos necesarios para el cumplimiento de su objetivo en materia político-social.

A mayor abundamiento, la meritada parte de la CSE establece la relación de los derechos reconocidos por esta. Estos son: derecho al trabajo (artículo 1); derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (artículo 2); derecho a la seguridad e higiene en el trabajo (artículo 3); derecho a una remuneración equitativa (artículo 4); derecho sindical (artículo 5); derecho de negociación colectiva (artículo 6); derecho de los niños y adolescentes a protección (artículo 7); derecho de las trabajadoras a protección (artículo 8); derecho a la orientación profesional (artículo 9); derecho de formación profesional (artículo 10); derecho a la protección de la salud (artículo 11); derecho a la seguridad social (artículo 12); derecho a la asistencia social y médica (artículo 13); derecho a los beneficios de los servicios sociales (artículo 14); derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y

² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (1978). “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 5, pág 56.

social (artículo 15); derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (artículo 16); derechos de las madres y los niños a una protección social y económica (artículo 17); derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes Contratantes (artículo 18); y, finalmente, el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y a asistencia (artículo 19).

Del precepto que desarrolla la tercera parte de la CSE, llama la atención el sistema de ratificación dispuesto, del cual se puede dirimir que serán los propios Estados los puedan elegir libremente con qué disposiciones obligarse desvirtuando así el carácter vinculante pretendido por la Carta. Así las cosas, del citado artículo se extrae también la posibilidad conferida a los Estados de declarar su voluntad de obligarse con nuevas disposiciones que no hubieran previsto con anterioridad. Asimismo, el precepto también determina la obligación de las Partes de instaurar un sistema de inspección de trabajo interno.

En lo que respecta a la cuarta parte, se contiene en la misma el sistema de control del cumplimiento de las disposiciones que recoge la Carta, así como el órgano competente para velar por dicho cumplimiento, el Comité de Expertos Independientes. El instrumento utilizado para documentar la efectiva aplicación de los derechos y principios aceptados y, por ende, vinculantes, es el sistema de informes. Posteriormente, serán sometidos a examen por un Subcomité del Consejo de Europa, que emitirá unas conclusiones que permitan formular recomendaciones para el efectivo cumplimiento de las Partes contratantes.

La quinta parte de la CSE, permítaseme calificarla como un *totum revolutum*, introduce aspectos tales como la suspensión de las obligaciones en caso de guerra; la aplicación de la Carta a través de los convenios colectivos; la firma, ratificación y entrada en vigor; e inclusive el procedimiento de denuncia a la propia Carta.

Por último, cerrando así el análisis estructural de la CSE, el anexo integrado a la misma viene a determinar los aspectos que, en la práctica, puedan suponer dudas interpretativas de concretos preceptos. En vista de los continuos cambios en la realidad social y la necesidad de transformación de los Estados hacia una concepción aún más social, y, por tanto, más protectora y garantista con los derechos sociales, se precisó enmendar la Carta.

Para ampliar el ámbito de actuación de la CSE se desarrollaron tres Protocolos Adicionales. El primero de ellos, de 5 de mayo de 1988, añadió una serie de nuevos derechos con el objetivo de extender la protección multinivel de los derechos que recoge el instrumento originario. La nueva relación de derechos contiene: el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (artículo 1); derecho a la información y consulta dentro de la empresa (artículo 2); derecho a la participación en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (artículo 3); y, en último lugar, derecho a la protección social de las personas ancianas (artículo 4).

El 21 de octubre de 1991 se adoptó un segundo Protocolo denominado *de modificación*, con la finalidad de rectificar varios de los preceptos de la parte cuarta de la Carta, es decir, lo pretendido era revestir de una mayor protección al mecanismo de control.

Y, por último, pero no por ello menos significativo, el Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995, que establece un sistema de reclamaciones colectivas para con el fin de preservar el efectivo desarrollo de los derechos sociales consagrados por la CSE. Este Protocolo reviste tal enjundia en el cumplimiento de los imperativos de la Carta, que será desarrollado con posterioridad.

Atendiendo a todo lo dispuesto ut supra, del análisis del texto originario, así como de sus posteriores adiciones, debemos hacer un pronunciamiento relativo al claro progreso obtenido gracias a la sistematización y sintetización de los convenios de la OIT en materia de derechos socio-laborales en un único texto, la Carta, formando así el llamado “*derecho social europeo*”³.

España ratificó en su totalidad la CSE por Instrumento de 29 de abril de 1980⁴, así como el Protocolo Adicional de 1988, en el año 2000⁵, quedando así vinculada a “*una serie de obligaciones (...) formales, relativas al control de su aplicación, y otras (...) sustanciales sobre la aplicación de los convenios ratificados*”⁶. Lo que parecía un atisbo

³ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. Op. cit., pág 69.

⁴ Boletín Oficial del Estado, 153, de 26 de junio de 1980, pp. 14533 a 14539.

⁵ Boletín Oficial del Estado, 99, de 25 de abril de 2000, pp. 16074 a 16077.

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. Op. cit., pág 70.

hacia una España más comprometida con los derechos sociales, quedó truncado ante la pasividad del Estado en la aplicación de la misma, a pesar de haber desarrollado un entramado legislativo que pretendía configurar el desarrollo de los derechos sociales.

III. La versión revisada de la Carta (1996).

Con motivo de las posteriores reformas sufridas por la CSE, se hacía necesaria la redacción de un nuevo texto que refundiera el texto originario y sus posteriores adiciones. En consecuencia, se aprobó el 3 de mayo de 1996 la CSEr, que entró en vigor en julio de 1999, cuyo texto reflejó las modificaciones operadas por los Protocolos ya descritos. El nuevo texto de la Carta incluye una relación de 31 derechos, sumando así ocho nuevos derechos a los ya preexistentes, concluyendo en un texto que es claro reflejo de los cambios introducidos por la jurisprudencia del CEDS.

Atendiendo al preámbulo de la nueva versión de la Carta, se puede aseverar que su designio no es otro que *“preservar la naturaleza indivisible de todos los derechos humanos, sean derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales”*.

El nuevo texto se estructura en seis partes y un anexo. Una primera parte, relativa al reconocimiento de las Partes a la adopción de las condiciones que permitan hacer valer los derechos consagrados por la Carta. Una segunda parte que establece la relación de treinta y un derechos, así como las garantías para su efectivo cumplimiento. Los nuevos derechos que incluye la versión revisada de la Carta son: el derecho a la protección en caso de despido (artículo 24); derecho a la tutela de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia de su empleador (artículo 25); derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26); derecho a la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores con responsabilidades familiares (artículo 27); derecho a la protección en la empresa y la concesión de facilidades de los representantes de los trabajadores (artículo 28); derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29); derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30); y, por último, el derecho a la vivienda (artículo 31).

Y, las cuatro restantes partes, que engloban las obligaciones asumidas por las Partes contratantes, así como los mecanismos de supervisión para el cumplimiento de tales obligaciones. De lo estipulado en los preceptos que conforman esta parte final del

texto, se puede fallar que se abre una vía hacia la mejora, hablando en términos de eficacia y efectividad del propio instrumento, del procedimiento de control, instaurando así el sistema de presentación de informes internos al CEDS de forma anual.

Pese a la imperiosa necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico interno a lo dispuesto en la CSEr, y aun existiendo expedientes del Consejo de Estado⁷ que amparaban la viabilidad de aplicación de la carta en España, así como diversas razones de distinta índole que evocaban un “claro déficit democrático”⁸, continuó suspendida la ratificación de la versión revisada de la Carta, así como su Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995 hasta pasados 25 años.

Resulta sugestivo hacer mención a las cuestiones que plantea el profesor Jimena Quesada, con respecto a las razones, que califica como éticas, en relación con la ratificación y aceptación de la CSEr y el procedimiento de reclamaciones colectivas en España. Tales interrogantes son: “¿Cómo explicar que se defiende la democracia social y los derechos sociales sin aceptar el instrumento y el mecanismo de defensa de estos derechos más importantes en Europa?; ¿cómo excusar, en términos de indivisibilidad, que se explican en clase los derechos fundamentales sin abordar la garantía de los derechos sociales?; ¿cómo justificar que creemos en la integración europea y, en cambio, aceptamos una “Europa social” a varias velocidades?”⁹.

De un análisis cronológico de lo acontecido en España desde el nacimiento de la CSEr en 1996, se puede dirimir que, a pesar de haberla firmado en el año 2000, el primer atisbo de mutabilidad hacia una vertiente aún más comprometida con la política social europea, que debe datarse de febrero de 2019, fue la adopción de un acuerdo con expreso mandato de remisión a las Cortes Generales de la versión revisada de la Carta con el

⁷ Expediente nº 1740/2000, de fecha 11 de mayo del 2000 “(...) en principio no plantea problemas de aplicación en nuestro país, ya que concuerda con nuestro derecho interno, por lo que su ratificación no implicaría la necesidad de modificar nuestra legislación”.

⁸ JIMENA QUESADA, L. (2006). “Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2, pp. 41 a 70.

⁹ JIMENA QUESADA, L. (2021). Diez razones para la aceptación de la Carta Social Europea revisada y el procedimiento de reclamaciones colectivas. En C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria”, *Tirant lo Blanch*, pp. 49 a 50.

propósito de cumplir con el compromiso suscrito por nuestro país. Asimismo, debe destacarse otro hito que marca la presunción de cambio, el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros en noviembre de 2020 cuyo último fin pretendido no era otro que acordar el inicio de los trámites para la ratificación de ambos instrumentos normativos.

Fruto de estos hechos relatados, así como de la presión que fue ejercida por sindicatos y determinados partidos políticos frente a la pasividad demostrada por España, entró en vigor la CSEr el pasado 1 de julio de 2021 tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado¹⁰, así como el aclamado protocolo de reclamaciones colectivas, que abre una vía directa de impugnación en caso de incumplimiento en la política social por parte del Estado.

Por ende, cabe cuestionarnos lo siguiente, ¿realmente nos encontrábamos ante impedimentos reales que obstaculizaban la ratificación de la versión revisada del texto originario?, ¿o el impedimento radicaba en la falta de voluntad política? Fuere como fuere, lo que no generaba lugar a dudas era que la falta de compromiso jamás determinaría la eliminación del modelo de Estado Social¹¹.

IV. El Comité Europeo de Derechos Sociales.

Previo a un desarrollo del órgano más protector y garantista en materia de derechos sociales, el CEDS, se hace necesario reafirmar que el instrumento objeto de desarrollo en el presente trabajo no debe ser asociado a la Unión Europea, sino al Consejo de Europa. Para con el fin de contextualizar tal organización internacional y su ámbito de actuación, debemos trasladarnos al momento de su creación.

El Consejo de Europa fue fundado a través de Estatuto en fecha 5 de mayo de 1948, no habiéndose adherido nuestro país hasta noviembre de 1977. Tal y como se ha reseñado ut supra, fue el Consejo de Europa el que aprobó el CEDH, regulando desde entonces cuestiones laborales tales como: la prohibición de la esclavitud; el trabajo forzoso y obligado; o, el derecho a la libertad de asociación. Amén de alcanzar un progreso en la protección multinivel de los derechos sociales incrementado así su alcance

¹⁰ Boletín Oficial del Estado, 139, de 11 de junio de 2021, pp. 71274 a 71327.

¹¹ NAVAS DEL CASTILLO, A. y NAVAS DEL CASTILLO, F. (2005). “Derecho Constitucional: Estado Constitucional”, *Ed. Dykinson, S.L.*, España.

sobre distintos derechos se aprueba en 1961, por el Consejo de Europa, el apéndice del CEDH, es decir, la Carta Social Europea.

Pese a parecer que nos encontramos ante dos tratados que podrían tener el mismo alcance, debemos aclarar que el primero de ellos, se aplica a toda persona que se encuentre bajo la jurisdicción de los Estados Parte, sin embargo, el segundo instrumento tiene su ámbito de aplicación en los nacionales de los Estados firmantes¹².

El Comité Europeo de Derechos Sociales, constituido conforme a lo dispuesto en el precepto 25 de la CSE, tiene encomendada la tarea de supervisar la aplicación de la Carta en los Estados parte o, como la tilda el profesor Jimena Quesada, “*asegura la interpretación <<suprema>> del texto*”¹³. Está compuesto por quince miembros independientes e imparciales elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, siendo estos los encargados de ejecutar el cometido del órgano, es decir, el control de aplicación de la Carta. Por tanto, debe entenderse que estamos ante el único órgano competente para resolver la existencia o no, de vulneración sobre los derechos sociales.

El Comité, compuesto por un Presidente, que ostenta un voto cualificado en el procedimiento de reclamaciones colectivas, uno o varios vicepresidentes y un ponente, se reúne siete veces al año debiendo resolver por mayoría.

Dispone el CEDS de dos procedimientos de control: en un primer plano nos encontramos con el sistema de informes y, en un segundo plano, el mecanismo de reclamaciones colectivas, ambos recursos serán desarrollados en el sucesivo punto. Inicialmente, el texto originario implantó el sistema de informes emitidos por los Estados contratantes, por el cual el CEDS se limitaba a examinarlos para así cumplir con su cometido. Sin embargo, con la llegada del Protocolo adicional de 1995, por el que se instauró el sistema de reclamaciones colectivas, se amplió el ámbito competencial del Comité pudiendo así, pronunciarse sobre aquellas reclamaciones emanadas de organizaciones sindicales de ámbito nacional e internacional.

¹² BELORGEY, J.-M. (2007). “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Político*, nº 70, pág 352.

¹³ JIMENA QUESADA, L. (2015). “El Comité europeo de derechos sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, pág 104.

Debe reseñarse que la jurisprudencia del Comité se materializa en la configuración de conclusiones en los supuestos de interpretación del sistema de informes, y en la forma de decisiones de fondo en los supuestos de interpretación del procedimiento de reclamaciones colectivas¹⁴.

De acuerdo con Jean-Michel Belorgey, ex miembro del CEDS, pese a que *“la jurisdicción del Comité Europeo de Derechos Sociales no es una jurisdicción en toda su plenitud; sus decisiones no son directamente ejecutivas (...), el Comité de Ministros (...) les ha dado semejante fuerza. Al contrario, por ende, nos encontramos no tanto ante una justicia delegada, sino ante una justicia retenida”*¹⁵.

Al margen de lo dispuesto previamente, otra de las labores encomendadas al órgano de control de la Carta corresponde con la protección de los derechos sociales recogidos en textos normativos, ajenos a la Carta, para con el fin de asegurar su reclamo ante los tribunales.

Aun cuando la labor del Comité ha sido encomiable, debe ponerse de relieve su actuación en materia de empleo, protección social y pobreza. En el primer extremo, el empleo, se ha logrado que los Estados busquen implementar un sistema que pretenda asegurar un empleo generalizado y de calidad tratando de impedir que se produzcan situaciones discriminatorias en este ámbito. En lo relativo a la protección social, lo pretendido por el Comité no va más allá que, asegurar que los sistemas de protección funcionen de forma óptima para así prevenir que ninguna persona quede desprovista de amparo, tal y como sucede con los trabajadores migrantes. Y, por último, en lo relativo a la pobreza, el Comité ha incidido en que la política de prevención debe estar enfocada hacia el progreso y no sólo hacia la reparación en las situaciones de exclusión social, propugnando así una política integrativa y no discriminatoria.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BELORGEY, J.-M. Op. cit., pp. 353 a 354.

V. Garantías de cumplimiento de las obligaciones de la Carta Social Europea:

1. El sistema de informes.

Este mecanismo de control, erigido de forma conjunta al texto originario de la Carta y que actualmente se encuentra regulado en el artículo C de la versión revisada, se caracteriza porque los Estados ratificantes se encuentran obligados a la elaboración bienal de estos informes, relativos al cumplimiento total o parcial de las disposiciones que le compelen¹⁶. Como ya se ha reseñado con anterioridad, el organismo de control se encuadra dentro del Comité de Expertos, actualmente el CEDS, no obstante, tiende a pensarse erróneamente que la labor del órgano es la de formular los informes y no la de concluir sobre los mismos.

El sistema de informes bienal suponía un problema para dotar de celeridad al procedimiento que establecía el Comité para emitir sus conclusiones, por lo que se instauró un nuevo sistema de informes, emitidos de forma anual, por el que cada *“Estado Parte de la Carta debe someter (...) un informe sobre un grupo temático. A tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre <<Empleo, formación e igualdad de oportunidades>>; grupo II sobre <<Salud, seguridad social y protección social>>; grupo III sobre <<Derechos relacionados con el trabajo>>, y un grupo IV sobre <<Niños, familias, migrantes>>”*¹⁷.

Este reparto parecía permitir la posibilidad de reparar los incumplimientos en que hubieran incurrido los Estados, no obstante, también favorecía a un cambio en la línea jurisprudencial en el intervalo de cuatro años entre cada informe y, por tanto, sería una labor en vano.

¹⁶ SALCEDO BELTRÁN, C. (2021). La Carta Social Europea, unde venis et quo vadis?. En C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria”, *Tirant lo Blanch*, pág 78.

¹⁷ JIMENA QUESADA, L. (2015). “El Comité europeo de derechos sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, pág 104.

De conformidad con lo dispuesto con ut supra y, debido a la inoperancia del nuevo sistema de informes de grupos temáticos, se adoptó, por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en abril de 2014 un cambio trascendental en el sistema de control de la Carta. Esta nueva modificación supuso una agilización en el sistema de informes para los Estados contratantes del Protocolo de reclamaciones colectivas, de modo que estos pasaban a presentar un informe simplificado de forma bianual.

En el presente punto, es indispensable hacer mención a la jurisprudencia del CEDS relativa al sistema de informes en España. Pese a que nuestro país no había ratificado, hasta 2021, el texto revisado de la Carta ni el Protocolo adicional de 1995 no debe olvidarse que el CEDS seguía y sigue realizando la función de monitoreo en la aplicación de las disposiciones de ambos textos. Como consecuencia de lo anterior, nuestros órganos jurisdiccionales se encuentran vinculados a la jurisprudencia del Comité.

De las conclusiones emitidas por el CEDS, disponibles en la página web de dicho órgano del Consejo de Europa¹⁸, debe resolverse que España aparece en una situación de no conformidad, en diversos parámetros, con la Carta.

A continuación, se procederá a exponer, de forma muy sucinta, algunas de las conclusiones del Comité que han sido causa de condena a nuestro país por incumplimiento de las disposiciones de la CSE. A modo ilustrativo, se hará hincapié en las últimas conclusiones, las del año 2021. No obstante, de un análisis conjunto de las mismas se pone de manifiesto que la mayoría de ellas radican en la no conformidad de la legislación española respecto de lo dispuesto en las normas de la Carta. De entre ellas debe destacarse el incumplimiento en materia de: derecho a los días festivos retributivos; derecho al reconocimiento de una remuneración suficiente; voluntad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social; derecho a unas vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas, como mínimo; compromiso para la promulgación de reglamentos garantistas con la seguridad e higiene en el trabajo; derecho a una pensión no contributiva suficiente y que proporcione un nivel de vida digno; respeto al derecho sindical en el plano de los representantes de los sindicatos menos representativos;

18

Accesibles

en:

<https://hudoc.esc.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22ESCPublicationDate%20Descending%22%7D>

obligación de luchar contra el desempleo para promover la creación de empleo, entre otras vulneraciones.

Las últimas conclusiones (Conclusiones XXII-Spain), cuyo periodo de referencia radica entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2021, resuelven que la situación en España no se ajusta al texto originario y sus posteriores adiciones en los siguientes parámetros:

1. Incumplimiento del artículo 3.2 de la CSE, habida cuenta de que las medidas adoptadas en aras de reducir el número de accidentes de trabajo son **insuficientes**.
2. Inobservancia de lo dispuesto en el precepto 4 del Protocolo Adicional de 1988, como consecuencia de que el nivel de la pensión no contributiva es manifiestamente **inadecuado**.
3. Vulneración de lo procurado por el precepto 12.1 de la CSE, en vista de que el nivel mínimo de la prestación por desempleo **no es adecuado**.
4. Omisión de lo pretendido por el artículo 12.4 de la Carta, al considerar que el requisito de tiempo de 10 años de residencia para el acceso a una prestación no contributiva es **excesivo**.
5. Así como la transgresión del artículo 13.1 del texto originario, indicando que la elegibilidad de los ingresos mínimos está sujeta a una serie de requisitos tales como, el tiempo de residencia, sujeción a una edad determinada, y su insuficiente nivel de asistencia, requisitos que **no se ajustan a la Carta**. Pese a encontrarnos ante exigencias de las Comunidades Autónomas, el Estado debe impedir que la renta básica quede supeditada a los requisitos impuestos por estas.

Además de estas situaciones de no conformidad con lo reconocido por la Carta, el CEDS ha referido su conformidad con respecto al cumplimiento de los artículos 3.3, 11.2, 12.2, 13.2, 13.3, 13.4, 14.1 y 14.2. Pero, a su vez, ha aplazado sus conclusiones de los artículos 3.1, 11.1, 11.3 y 12.3, al inferir que la documentación que sustenta el informe emitido no permite avalar el cumplimiento de las disposiciones reconocidas por España.

2. El sistema de reclamaciones colectivas del Protocolo Adicional de 1995.

Tal y como se ha referido ut supra, nos encontramos ante el tercer componente de la CSE cuyo cometido, según describe su preámbulo, es el establecimiento de un procedimiento de reclamaciones colectivas que posibilite la participación de empresarios, trabajadores, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales, para garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales. Este instrumento, a diferencia del sistema de informes, tiene un carácter facultativo.

Este mecanismo, se caracteriza, como su denominación indica, por su alcance colectivo garantizando así la protección de todas las personas. Asimismo, otra cualidad del procedimiento es que puede iniciarse sin tener que probar el perjuicio provocado por la norma impugnada, por lo que no se precisa haber agotado ninguna vía jurisdiccional previa. En consecuencia, el CEDS no podrá emitir decisiones sobre el fondo de la normativa controvertida, solo lo hará sobre lo invocado por los agentes sociales.

El Protocolo determina en sus artículos 1 a 2 que sujetos ostentan la legitimación activa siendo estos: las organizaciones internacionales de empleadores y trabajadores del artículo 27 (apartado segundo) de la CSE; las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas en la lista elaborada por el Comité Gubernamental del Consejo; y, las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte contratante.

Debe apuntarse que los Estados vinculados al procedimiento de reclamaciones colectivas, se encuentran liberados de seguir el sistema de informes al haber ratificado el instrumento. No obstante, *“el que está exento de presentarlo debe, a cambio, rendir cuentas sobre el seguimiento que ha dado a las decisiones de fondo en las que el CEDS ha constatado la existencia de violaciones”*¹⁹. Para dar cumplimiento a dicha obligación, presentarán un informe simplificado relativo al seguimiento de las decisiones de fondo del Comité.

¹⁹ SALCEDO BELTRÁN, C. Op. cit., pág. 79.

El procedimiento, caracterizado por los principios de participación y transparencia, de esta segunda vía de control se principia con la solicitud, a instancia del CEDS, al demandado de un informe relativo al objeto de la denuncia. El resultado de ese informe podrá ser alterado por las observancias del Comité, concediendo un derecho de réplica al Estado infractor para que cese la conducta transgresora. De igual manera, debe reseñarse que existe la posibilidad de que el CEDS conceda un trámite de audiencia a las partes que ostenten interés en la causa. Una vez concluida esta primera etapa de instrucción, se hará una propuesta de decisión de fondo que, previamente, deberá haber sido acordada por la mayoría de los miembros. Dicho pronunciamiento será objeto de un seguimiento (*findings*), por parte del Comité, para con el fin de preservar la ejecución de sus decisiones.²⁰

Pese a que nuestro país no se encontraba vinculado al Protocolo Adicional de 1995 hasta el pasado año, debe ser destacada la efectividad del procedimiento de reclamaciones colectivas, debido al incremento significativo en las decisiones de fondo, así como en las nuevas reclamaciones revistiendo de un carácter más protectora al sistema de control de la Carta.

De entre las numerosas reclamaciones colectivas interpuestas²¹, merecen ser destacadas, a modo ilustrativo en materia de derechos sociolaborales:

1. Las **Reclamaciones nº 124/2016 a 138/2016** (University Women of Europe) de 24 de agosto de 2016, por la que los Estados ratificantes del Protocolo Adicional de 1995, fueron demandados por una organización no gubernamental internacional. El objeto de controversia radicaba en la desigualdad retributiva (la conocida brecha salarial) y de oportunidades en el ámbito laboral entre hombres y mujeres, es decir, cuestiones sobre la igualdad de género en el empleo. La organización demandó, por primera vez en la historia de este mecanismo, al conjunto de Estados que se encontraban vinculados al procedimiento de reclamaciones colectivas, por vulneración de los artículos 1, 4.3 y 20 de la CSEr.

²⁰ SALCEDO BELTRÁN, C. (2020). “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (nullum ius sine actione)”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 57, pp. 195 a 271.

²¹ Accesibles en: [Processed complaints](#)

Estas reclamaciones supusieron un requerimiento al CEDS para con el fin de obtener tantas decisiones de fondo como demandas interpuestas, por las que se dictaminase el incumplimiento o no de las disposiciones de la Carta, por parte de los Estados demandados.

Las decisiones sobre el fondo de 5 y 6 de diciembre de 2019, publicadas el 29 de junio de 2020, concluyen en el reconocimiento de la condena de catorce de los quince Estados demandados (siendo Suiza el único Estado exonerado de condena). Pese a exponerse que nos encontramos ante unas reclamaciones colectivas que afectan a los Estados demandados, debe puntualizarse que los efectos de condena son extendidos al resto de Partes que, a día de hoy, se han comprometido con el Tratado. Es decir, nos encontramos ante una decisión de fondo que, desde el 11 de junio de 2021, vincula también a nuestro país.

El CEDS dirimió que los Estados firmantes están en la obligación de promover la creación de unos organismos encargados de promocionar la igualdad de género en materia laboral, debiendo adoptar a su vez planes de igualdad efectiva entre hombres y mujeres. Estas medidas deben también focalizarse en garantizar el acceso de las mujeres a los puestos directivos en las empresas privadas.

VI. ¿Control de constitucionalidad o control de convencionalidad?

Con el fin de dar respuesta a la cuestión planteada en el presente punto, debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales²², así como al precepto 96.1 de nuestra norma suprema²³, la Constitución Española, por el cual:

“1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus

²² Boletín Oficial del Estado, 288, de 28 de noviembre de 2014.

- *Artículo 29: “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.*
- *Artículo 30: “1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.”*

²³ Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978.

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

Al tenor de estas exigencias, en materia de derecho internacional, debe señalarse que la doctrina laboralista no ha cuestionado y, por ende, ha cumplido siempre con la exigencia de prevalencia de las normas internacionales sobre la legislación interna. No obstante, el debate objeto de exposición radica en el error permanente de creencia de que la CSEr está sujeta a un control de constitucionalidad. Esta convicción debe ser resuelta por lo regulado en el artículo 10.2 de nuestro texto constitucional, por el cual se esclarece que los textos internacionales vinculan a todos los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional. Tal y como asevera el ex Magistrado del Tribunal Constitucional (2012-2020) Fernando Valdés Dal-Ré, *“el artículo 10.2, conforme a la doctrina del TC, no convierte a estos tratados en canon autónomo de constitucionalidad”*²⁴. Asimismo, otro pronunciamiento que refuta que la Carta ha superado dicho control, es lo dispuesto en el precepto 31 de la meritada Ley 25/2014, por el cual *“las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales (...) prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas (...)”*.

Por tanto, superada la creencia errónea de encontrarnos ante un control de constitucionalidad cabe cuestionarse, ¿cómo pueden entonces aplicar nuestros órganos judiciales los Convenios y Tratados internacionales? Es aquí el momento en que entra en escena la vía del control de convencionalidad, por el cual *“cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional (...), sus jueces, como parte del Estado, también están sometidos a él, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin (...)”*²⁵. Consecuentemente, el control de convencionalidad deberá concluir si la norma lesiona los derechos recogidos en un Tratado, siendo así, el juez estará obligado a inaplicarla para dar cumplimiento al principio *pacta sunt servanda*.

²⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F. (2021). Control de convencionalidad y Carta Social Europea. En C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria”, *Tirant lo Blanch*, pág 343.

²⁵ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006. Asunto *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*.

En lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, puede asegurarse que los Tratados internacionales cuentan con una especial fuerza que imposibilita que la normativa interna obstaculice o impida su aplicación. No obstante, esta previsión del control de convencionalidad, en la jurisdicción ordinaria, no se encontraba reflejada en nuestro derecho interno, hasta la llegada de la Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 del Tribunal Constitucional²⁶ por la que, *“la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto”*.

Como consecuencia del amparo de la citada jurisprudencia del TC, comienzan a invocarse, en el orden social, las disposiciones de la Carta Social Europea superando así el control de convencionalidad en la jurisdicción ordinaria, tanto en primera como en segunda instancia. A modo ejemplificativo, tienen interés las siguientes resoluciones:

1. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca (rec.28/2019), de 26 de julio de 2019, que invoca el artículo 8.3 de la CSE al resolver una demanda de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.
2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 5532/2019), de 17 de enero de 2020, que invoca el artículo 3 de la CSE al estimar un recurso de suplicación por despido amparado en una causa de absentismo del ex artículo 52 apartado “d” (derogado con la reforma del LET que entró en vigor el 17 de julio de 2020).

²⁶ Boletín Oficial del Estado, 22, de 25 de enero de 2019, pp. 7034 a 7079.

3. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Gran Canaria (rec. 1481/2021), de 10 de febrero de 2022, que invoca los artículos 20 y 26 de la CSE al estimar un recurso de suplicación de acoso en el ámbito laboral.
4. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife (rec. 884/2021), de 18 de febrero de 2022, que invoca el artículo 24 de la CSE al estimar parcialmente un recurso de suplicación en materia de despido.
5. La sentencia del Tribunal Supremo (rec. 471/2020), de 28 de marzo de 2022, que invoca el artículo 4.4 de la CSE al estimar un recurso de casación para la unificación de doctrina sobre la inobservancia del plazo de preaviso en caso de despido.

VII. El Proceso de Turín.

Para concluir con el análisis que fundamenta la propuesta de reforma, debe hacerse referencia al olvidado Proceso de Turín que emanó, los días 17 y 18 de octubre de 2014, en la *Conferencia del alto nivel sobre la Carta Social Europea*²⁷. Su designio no es otro que impulsar a los Estados miembros del Consejo de Europa, a que destinen los medios necesarios para asegurar y fomentar los derechos sociales consagrados por la Carta. El fundamento de lo pretendido por el Proceso radica en que, tanto los derechos sociales como los económicos deben tener la consideración de indispensables en los planes de recuperación. Es por ello que los Estados deberán tener en cuenta la Carta a la hora de “modernizar” o reformar su legislación laboral.

Para dar cumplimiento a lo pretendido por el Proceso de Turín se adoptó, en la meritada Conferencia, un Informe General²⁸ que implantaba una serie de medidas que permitían la vinculación de los Estados Parte al cumplimiento de las disposiciones de la

²⁷ JIMENA QUESADA, L. (2018). “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 137, pp. 17 a 41.

²⁸ Accesible en: [General Report on the High-Level Conference on the European Social Charter](#)

Carta. Estas medidas pueden resumirse en: la instigación a los Estados de ratificar la versión revisada del texto originario, así como el procedimiento de reclamaciones colectivas; la adaptación de las políticas económicas y sociales de los Estados a lo dispuesto en las disposiciones de la Carta, así como la imposibilidad de cuestionamientos a las conclusiones y decisiones del fondo del CEDS; y, la divulgación de estos instrumentos para favorecer el conocimiento de los mismos entre los operadores jurídicos (jueces y juristas). Ciertamente, este último fin pretendido supondría un incremento en la aplicación de la Carta, debido al evidente desconocimiento de la misma. No es concebible la figura del Estado Social sin el reconocimiento del instrumento y el mecanismo de defensa de los derechos sociales, más importantes en Europa.

De forma concluyente debe afirmarse que este Informe General lanza un verdadero programa, comprometido y sustancial, orientado hacia la cooperación de los Estados para el aseguramiento y efectivo goce de los derechos sociales.

III. Normativa aplicable a la propuesta legislativa.

La normativa aplicable para la propuesta de reforma, objeto del presente dictamen jurídico, es la siguiente:

- a) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores²⁹.
- b) Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996³⁰.
- c) Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de los informes emitidos por España.

²⁹ Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015.

³⁰ Boletín Oficial del Estado, 139, de 11 de junio de 2021, pp. 71274 a 71327.

IV. Materias objeto de la propuesta de reforma.

Para satisfacer los compromisos asumidos por España con la Carta, se sugerirá, a petición del Consejo de Ministros, una propuesta de reforma en parte del articulado de nuestro Estatuto. Se expondrá el contenido mínimo que debería contemplar, en base a las conclusiones de “condena” emitidas por el CEDS, los nuevos artículos de la LET.

La presente propuesta se fundamenta en un análisis de los últimos 20 años de las conclusiones expedidas por el CEDS. Pese a la existencia de numerosas vulneraciones de los derechos sociales por nuestro país - muchas de ellas ya superadas -, por razones meramente de extensión del presente dictamen, se atenderá a las condenas más significativas por su reiteración y relevancia en relación con los derechos laborales.

El formato a seguir será el siguiente: cita literal de los preceptos de la LET objeto de reforma, análisis del articulado correlativo de la Carta y, fundamentación con las conclusiones emitidas por el Comité fruto de los informes arrojados por España.

Artículo 27. Salario mínimo interprofesional.

“1. El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta:

- a) El índice de precios de consumo.*
- b) La productividad media nacional alcanzada.*
- c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional.*
- d) La coyuntura económica general.*

Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.

La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando estos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquel.

- 2. El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable.”*

El precepto 4.1 de la CSEr consagra el derecho a una remuneración suficiente, derecho que ha sido objeto de condena reiterada en nuestro país desde las conclusiones de 2004 del CEDS. Las últimas conclusiones, XXI-3 (2019), ponían de manifiesto que el salario mínimo del personal contratado a tiempo completo, tanto en el sector público como privado, no aseguraba un nivel de vida digno. Pese a las numerosas actualizaciones

en la determinación del Salario Mínimo Interprofesional (en adelante SMI), la cuantía fijada para el mismo, 1.000€³¹ brutos, sigue impidiendo mantener un nivel de vida decoroso y, por tanto, nos encontramos ante un salario que no se adapta a la realidad del momento. Habida cuenta de la subida de los precios de la vivienda, de los suministros y de los productos de primera necesidad, entre otros, debe ajustarse la subida del SMI de forma que se acople a la situación real de la economía. Si el costo de la vida se torna más elevado, las retribuciones de los trabajadores deben crecer de manera proporcional.

Como reseña ejemplificativa de la complejidad que supone desarrollar una vida digna en nuestro país si percibes el SMI actual, se aportan una serie de datos relacionados con el gasto medio que supone el acceso a la vivienda, sobre todo en Canarias (una de la CCAA con sueldos más bajos). Teniendo en cuenta que el precio medio de una vivienda colectiva en la Comunidad Autónoma de Canarias es de 451€ y de una vivienda unifamiliar de 500€ (datos del Sistema Estatal de Índice de Alquiler de Vivienda de 2020) una persona que percibe el SMI de 1000€ brutos/mes, debe destinar al menos el 45,1% de su salario únicamente al alquiler, dejando a la persona trabajadora en una situación muy vulnerable, impidiendo cubrir las demás necesidades básicas indispensables.³²

Para dar cumplimiento a las exigencias de la CSE, el SMI debe representar, como mínimo, el 60% del salario medio mensual en España, fijado en el año 2020 en 2.038€ brutos/mes según los datos arrojados por la Encuesta de Población Activa (EPA)³³. De conformidad con tal recomendación, el SMI debería fijarse en 1.222€, es decir, bastante por encima del fijado en el presente año. Al incrementar los salarios, el modelo productivo cambia hacia sectores más innovadores con mejores condiciones retributivas que lograrán acercar a España a las medias europeas, rebasando así un sueldo superior al umbral de pobreza, logrando reducir las desigualdades entre los países miembros (reseñar que el SMI de países vecinos, como Francia, oscila los 1.555€). Debe tenerse en cuenta también que la subida del SMI favorece a la reducción en la brecha salarial, es decir, esta medida tiene un efecto positivo desde la perspectiva de género. Asimismo, otra de las ventajas de

³¹ Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.

³² Sistema Estatal de Alquiler de Vivienda (2020). Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

³³ Decil de salarios del empleo principal. Encuesta de Población Activa (EPA) Año 2020. (2021). Instituto Nacional de Estadística.

subir el salario mínimo radica en que, al subir el salario suben también las cotizaciones de los trabajadores induciendo así una mejora en las prestaciones y pensiones.

Por todo lo expuesto, el nuevo precepto deberá ser mucho más específico debiendo contemplar, a parte de los parámetros ya tomados en cuenta: los índices que proporcionan una remuneración por encima del umbral mínimo, fijado en el 50% del salario medio neto cuando el salario mínimo neto es superior al 60% del salario medio. No obstante, cuando el salario mínimo neto se encuentre entre el 50 y el 60% del salario medio, el Estado deberá demostrar que este salario proporciona un nivel de vida digno. Para dar cumplimiento a esta exigencia deberá tomarse en cuenta que, tras las cotizaciones a la seguridad social y el impuesto sobre la renta, el SMI se encuentra por debajo del umbral mínimo del 50% del salario medio neto, encontrándonos así ante un salario manifiestamente abusivo, por lo que deberá contemplarse tal parámetro de forma previa en la determinación del SMI. En definitiva, deberá determinarse el salario medio, en términos netos, para así cumplir con los parámetros previamente indicados.

Artículo 34. Jornada.

“2. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella.

La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de doce meses desde que se produzcan. (...)

5. El tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.”

El precepto 2.1 de la CSEr consagra el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, derecho que ha sido objeto de condena reiterada en nuestro país desde las conclusiones del 2000 del CEDS. Las últimas conclusiones, XXI-3 (2019), ponían de manifiesto que, para que las medidas de flexibilidad en relación con el tiempo de trabajo no infrinjan lo dispuesto en la Carta, las leyes o reglamentos nacionales deben cumplir

tres criterios: evitar el tiempo de trabajo diario y semanal irrazonable; operar dentro de un marco legal que proporcione garantías adecuadas; y, prever períodos de referencia razonables para el cálculo de tiempo medio de trabajo.

El establecimiento de un tiempo de trabajo superior al contemplado en la jornada laboral convencional repercute en una precarización del mercado laboral y, a su vez, en las cotizaciones de la Seguridad Social, en las que se advertirá una minoración al no cotizar por el salario correspondiente a la jornada efectuada. El hecho de que nuestro Estatuto de los Trabajadores permita cierta flexibilidad horaria para ajustar las necesidades de la empresa a las de producción requerida por el mercado, no implica que se pueda incumplir los imperativos relativos a la jornada máxima. Pese a la existencia de un mecanismo de control y vigilancia sobre la jornada máxima, la Inspección de Trabajo³⁴, son reiteradas las denuncias presentadas ante el incumplimiento de exceso en la determinación de la jornada laboral.

Para determinar la correcta adecuación de la distribución de la jornada, debe atenderse a la definición de tiempo de trabajo. Para ello, se atenderá a lo dispuesto en el artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo³⁵, por el que se considera tiempo de trabajo *“todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de la actividad o funciones (...)”*, es decir, el trabajo efectivo. Fruto de esta definición se suscita la problemática de determinar qué se considera, por tanto, tiempo de descanso. Para dar respuesta a tal controversia debe traerse a colación lo acontecido con los tiempos de guardia y los tiempos de presencia.

El primero de ellos, el tiempo de guardia, se encuentra íntimamente ligado al colectivo del personal sanitario, entre otros. Si atendemos a la diversa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁶, se distinguen dos supuestos: las guardias presenciales y las guardias localizadas. Las presenciales, aunque medie un tiempo que

³⁴ La sentencia 14 de mayo de 2019 del TJUE es clara al señalar que “la implantación de un sistema objetivo, fiable y accesible que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador forma parte de la obligación general que incumbe a los Estados miembros y a los empresarios”

³⁵ Diario Oficial de la Unión Europea, 299, de 18 de noviembre de 2003, pp. 9 a 19.

³⁶ STJUE de 3 de octubre 2000, asunto C-303/98; STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02; STJUE de 1 de diciembre de 2005, asunto 14/04; STJUE de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15.

permita descansar o dormir, tienen la consideración de tiempo de trabajo, puesto que los trabajadores no pueden hacer uso libre de su capacidad de acción, impidiendo así el desarrollo del derecho a la conciliación de la vida familiar. Sin embargo, las localizadas solo tildan de tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de los servicios, habida cuenta de que el trabajador está a disposición del empresario, pero fuera de las instalaciones de la empresa (guardia no presencial). Por tanto, en este último supuesto, se considera tiempo de trabajo aquel en que el trabajador es requerido por el empresario y, tiempo de descanso el resto de tiempo en que no se realiza un “trabajo efectivo”. A modo ejemplificativo, es necesario hacer mención a la decisión de fondo de 19 de mayo de 2021 del CEDS sobre la reclamación número 149/2017³⁷, por la que se determina que a pesar de que el tiempo de guardia sin presencia física no sea catalogado como tiempo de trabajo efectivo, tampoco lo podrá ser como tiempo de descanso, porque de serlo nos encontraríamos ante una clara violación del derecho consagrado en el artículo 2.1 de la Carta³⁸.

El segundo, el tiempo de presencia, se encuentra estipulado para determinados colectivos, entre ellos los trabajadores del sector del transporte. Según lo dispuesto en el precepto 8 del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales³⁹, se considera tiempo de presencia aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo. A modo ilustrativo, con el fin de determinar qué se considera como tiempo de presencia, debe atenderse al Convenio Colectivo del sector de transporte de pasajeros de la CCAA de Madrid en vehículo de turismo mediante arrendamiento con licencia VTC publicado en febrero del presente año⁴⁰. Según lo dispuesto en el precepto 18.7 del meritado convenio, tendrá la consideración de tiempo de presencia: el tiempo en el que el conductor se encuentre en el vehículo parado, conectado a la plataforma, y dentro del área y el marco temporal indicados por la empresa. Asimismo, establece también que el tiempo de presencia no podrá rebasar las 20 horas semanales. Por tanto, pese a pretenderse que este tiempo de presencia no compute como

³⁷ Confédération générale du travail (CGT) et Confédération française de l'encadrement (CGC) c. France.

³⁸ CAIRÓS BARRETO, D.M. (2022). “Nuevos pronunciamientos del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Trabajo y Derecho*, n. 89, pp. 16 a 17.

³⁹ Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995.

⁴⁰ Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 36, de 12 de febrero de 2022.

tiempo de trabajo, es claro que el trabajador debe cumplir con las exigencias del empresario y encontrarse bajo la disposición del mismo.

Una vez determinados los conceptos de tiempo de guardia y tiempo de presencia (computando ambos como tiempo de trabajo), se puede aseverar que se considera tiempo de descanso todo aquel no pueda calificarse como tiempo de trabajo, es decir, el tiempo en que el trabajador no se encuentra en el centro de trabajo, ni bajo la disposición del empresario pudiendo hacer uso así de su libertad personal.

Por tanto, de todo lo expuesto se observa que la controversia radica en determinar el tiempo de trabajo, habida cuenta del común error de no considerar el tiempo de guardia o de presencia como tal. Empleando las palabras de la Doctora Cairós Barreto, *“sea cual sea la libertad del trabajador para decidir el lugar y a qué dedica su tiempo, supone una injerencia en el tiempo de vida del trabajador derivada del contrato de trabajo y que por muy amplia que sea la capacidad del trabajador para utilizar ese tiempo cuando no es llamado, y por escasas, flexibles, razonables o previsibles que sean las llamadas y requerimientos para incorporarse al trabajo efectivo, ese tiempo ha dejado de pertenecer al trabajador y supone una limitación siempre importante de su derecho a disfrutar de su tiempo, al mismo tiempo que implica un alargamiento no justificado del poder de dirección del empresario.”*⁴¹

Con el fin de dar cumplimiento con lo pretendido por la CSEr, así como lo dispuesto en las conclusiones del CEDS, el nuevo precepto que determine la jornada y su distribución deberá contener: un período de referencia como regla general, para el cálculo de tiempo medio de trabajo, que no exceda de los seis meses, pudiendo prorrogarse únicamente hasta un máximo de un año para circunstancias excepcionales, es decir, cuando no sea posible la creación de un nuevo puesto de trabajo para respetar los descansos mínimos legales. Asimismo, deberá determinarse que el tiempo máximo de trabajo semanal no puede exceder de las 40 horas previstas por ley, evitando así las jornadas de casi 60 horas que permite la modalidad de horario de trabajo flexible en algunos sectores como el del personal sanitario o el personal de transporte. Para dar cumplimiento a lo expuesto ut supra, el precepto deberá especificar qué se considera como tiempo de trabajo y qué se considera como tiempo de descanso, para así evitar

⁴¹ CAIRÓS BARRETO, D.M. Op. cit., pág. 17.

injerencias en la distribución de la jornada a través de las modalidades de tiempo de guardia y tiempo de presencia (dejando se asociar así el tiempo de trabajo a la presencia física en el lugar de trabajo).

De igual forma, otro de los parámetros que deberá tomarse en consideración para determinar la jornada será: la reducción progresiva de la jornada semanal, es decir, aminorar el tiempo y los días que componen esta jornada, lo que permitiría una clara mejora en las condiciones laborales de los trabajadores al dar lugar a un efectivo cumplimiento del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, apostando así por un sistema de productividad que no dependa del número de horas de trabajo efectivo.

Para dar cumplimiento a lo dispuesto *ut supra*, debe aguardarse a los resultados que serán arrojados de la aplicación del proyecto piloto de reducción de jornada. Con este ensayo se pretende implantar una jornada laboral de 4 días, reduciendo así en un día la jornada semanal, por la que los trabajadores realizarán entre un 80 y un 90% de la jornada total sin que se vea mermada su retribución económica. Con esto se espera no solo un beneficio para los propios trabajadores a nivel de bienestar en la materia de conciliación, sino también un ahorro importante en las empresas en cuanto a la reducción de costes tales como, facturación en la energía, implementos necesarios para el desarrollo de la actividad, servicios de limpieza, entre otros. Todo ello favorece a una mejora del clima organizacional y, sobre todo, a un incremento de la calidad del servicio prestado.

Para justificar la necesidad de implantar este sistema de reducción de jornada nos apoyamos en datos económicos sólidos de productividad y horas trabajadas, donde Alemania, siendo el país de la Unión Europea en el que menos horas se trabajan al año (1.332 horas al año), el Producto Interior Bruto (en adelante PIB) por hora trabajada es mayor, en contraposición con los datos de nuestro país, donde las horas de trabajo efectivo al año son significativamente superiores (1.577) aportando un PIB por hora trabajada inferior.⁴²

⁴² OECD (2022). Hours worked (indicator). doi: 10.1787/47be1c78-en

Artículo 35. Horas extraordinarias.

“1. Tendrán la consideración de horas extraordinarias aquellas horas de trabajo que se realicen sobre la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, fijada de acuerdo con el artículo anterior. Mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En ausencia de pacto al respecto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

2. El número de horas extraordinarias no podrá ser superior a ochenta al año, salvo lo previsto en el apartado 3. Para los trabajadores que por la modalidad o duración de su contrato realicen una jornada en cómputo anual inferior a la jornada general en la empresa, el número máximo anual de horas extraordinarias se reducirá en la misma proporción que exista entre tales jornadas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, no se computarán las horas extraordinarias que hayan sido compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización.

El Gobierno podrá suprimir o reducir el número máximo de horas extraordinarias por tiempo determinado, con carácter general o para ciertas ramas de actividad o ámbitos territoriales, para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en situación de desempleo.

3. No se tendrá en cuenta, a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria laboral, ni para el cómputo del número máximo de las horas extraordinarias autorizadas, el exceso de las trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes, sin perjuicio de su compensación como horas extraordinarias.

4. La prestación de trabajo en horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual de trabajo, dentro de los límites del apartado 2.

5. A efectos del cómputo de horas extraordinarias, la jornada de cada trabajador se registrará día a día y se totalizará en el periodo fijado para el abono de las retribuciones, entregando copia del resumen al trabajador en el recibo correspondiente.”

El precepto 4.2 de la CSEr consagra el derecho a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, derecho que ha sido objeto de condena reiterada en nuestro país desde las conclusiones de 2004 del CEDS. Las últimas conclusiones, XXI-3 (2019), ponían de manifiesto que nuestra LET no cumple con tal imperativo habida cuenta de que no garantiza un aumento de la remuneración o un aumento en el tiempo libre compensatorio. Pese a que el artículo 35 establece el principio de autonomía colectiva para determinar la remuneración de las horas extraordinarias, la realidad es que no todos los trabajadores amparados por convenio colectivo gozan del “privilegio” de ver un incremento en la remuneración o en su tiempo de descanso por las horas extraordinarias realizadas.

Si se atiende a la Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 8/2019, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de

trabajo⁴³, por el que se instaura el sistema de registro de jornada, se puede dirimir que la realización de horas extraordinarias es un claro reflejo de la precarización del empleo.

Se entiende por horas extraordinarias *“las que realiza el trabajador por encima de la jornada ordinaria de trabajo, siendo esta, a tenor del artículo 34 del ET, de 40 horas semanales de trabajo efectivo en cómputo anual”*⁴⁴. Atendiendo al límite cuantitativo que establece nuestra LET, las horas extraordinarias no podrán exceder de 80 horas en el periodo de un año. Este instrumento permite al empresario flexibilizar la jornada de trabajo y atender así a situaciones imprevisibles de carácter excepcional. No obstante, las horas extraordinarias se caracterizan por su naturaleza de voluntariedad por parte del trabajador, a excepción de lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación; porque así lo acuerden las partes en el contrato de trabajo; o, cuando sea necesario por cuestiones de prevención o reparación en el seno de la empresa.

Pese a ser clara la definición de las horas extraordinarias suelen ser confundidas con las horas complementarias, representativas en los contratos a tiempo parcial, por las que se adicionan a la jornada ordinaria un número determinado de horas acordadas entre el empresario y el trabajador, debiendo constar por escrito y no pudiendo exceder del treinta por ciento de las horas ordinarias establecidas en el contrato de trabajo.

A pesar de que el precepto 40.2 de la Constitución Española obliga a nuestros poderes públicos a fomentar una política garantista con la seguridad e higiene en el trabajo, asegurando a través de la limitación de la jornada el derecho a un descanso necesario, esta realidad dista mucho de lo que ocurre en la práctica. Y es que no fue hasta el año 2019, con la introducción del apartado noveno del artículo 34 de la LET, el momento en que se impuso el registro de jornada como obligación de la empresa o empresario, debiendo así indicarse la jornada realizada, ordinaria y extraordinaria, para garantizarle al trabajador su derecho a reclamar lo que considere como no acreditado. Resulta sugestivo recordar que, de forma previa a esta reforma del año 2019, la carga de

⁴³ Boletín Oficial del Estado, 61, de 12 de marzo de 2019, pp. 23156 a 23181.

⁴⁴ DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2017). “Control de jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, n. 412, pág. 48.

la prueba en esta materia recaía sobre el trabajador en base al principio de *actori incumbit onus probando*.⁴⁵

Para ejemplificar lo que ocurre en nuestro mercado laboral con respecto a la realización y reconocimiento de las horas extraordinarias, el profesor David Patiño realiza un análisis de los datos arrojados en las Encuestas de Población Activa (EPA) del Instituto Nacional de Estadística desde el año 2005 al 2018. En dicho estudio se puede observar que la cuantía de horas extraordinarias realizadas en nuestro país era muy superior en periodos previos a la crisis de 2008, en comparación con las realizadas en 2018. El porcentaje de horas extraordinarias pagadas efectuadas en el periodo comprendido entre los años 2005 y 2011 fue significativamente superior al porcentaje de horas extraordinarias no remuneradas, sin embargo, la tendencia se invirtió en el periodo comprendido entre 2012 y 2016. No fue hasta el año 2017 en el que la tendencia inicial fue revertida.⁴⁶

En la actualidad, en el primer trimestre del presente año, los datos de cuantificación del total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados siguen siendo preocupantes, habida cuenta de que el total de las horas computadas asciende a 6.643,2, de las cuales 2.888,4 no fueron abonadas (siendo 1.569,2 realizadas por trabajadores y el restante, 1.319,2, por trabajadoras).⁴⁷ Estos resultados destacados ponen de manifiesto que los trabajadores, cuando acabe el presente año, habrán superado el límite de horas extraordinarias reconocidas en nuestro Estatuto.

Por todo lo expuesto, para dar cumplimiento con lo pretendido por la CSEr, así como lo dispuesto en las conclusiones del CEDS, el nuevo precepto que establezca el régimen de las horas extraordinarias deberá contener: una mejora en el mecanismo de control de la jornada para así garantizar la seguridad e higiene de los trabajadores en el puesto de trabajo, evitando así una sobrecarga en el desarrollo de las funciones o de la actividad prestada. Asimismo, deberá contemplarse el mecanismo de las horas

⁴⁵ MENDIRI, F. E. (2020). “Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada”. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Jueces y Jueces para la Democracia*, n. 207, pp. 19 a 25.

⁴⁶ PATIÑO RODRÍGUEZ, D. (2018). “Radiografía de las horas extras no pagadas en España”. *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*, pp. 83 a 92.

⁴⁷ Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y ocupación. Instituto Nacional de Estadística (2022).

extraordinarias para situaciones, únicamente, de carácter excepcional, para así fomentar la creación de empleo (tal y como anunció CCOO en un informe de noviembre de 2018 en el que se analizaron las horas extras no pagadas al trabajador y el absentismo, se puso de relieve que, tan solo en el segundo trimestre de 2018 se realizaron tal cantidad de horas extras, que impidieron la creación de 170.600 nuevos empleos a jornada completa⁴⁸). Y, de igual modo, deberá preverse que el abono de las horas extraordinarias realizadas por el trabajador supondrá un aumento de la remuneración debiendo pagarse por un valor significativamente mayor al previsto en la hora ordinaria.

Artículo 56. Despido improcedente.

“1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.

2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.

4. Si el despedido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2.

5. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá reclamar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles.

En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.”

Posiblemente nos encontremos ante la materia más controvertida objeto del presente dictamen, el despido. No siendo posible reiterar el método usado hasta el

⁴⁸ Horas extras no pagadas y absentismo. Una aproximación por CCAA (2018). Por Gabinete Económico de CCOO.

momento habida cuenta de que este derecho, de protección en caso de despido, viene consagrado en la versión revisada de la CSE, instrumento que fue ratificado - junto con el Protocolo de 1995 - el pasado año por nuestro país tal y como se ha manifestado ut supra. Pese a no disponer de conclusiones (respecto a nuestro país) del CEDS que avalen lo aquí propuesto, debe ponerse de manifiesto que recientemente, el 24 de marzo del presente año, se ha registrado una reclamación colectiva de la Unión General de Trabajadores (en adelante UGT) contra España por la violación del artículo 24 de la CSEr⁴⁹ que avala alguno de los pronunciamientos que se expondrán.

Como es bien sabido, en nuestro Derecho del Trabajo y, por ende, en las relaciones laborales coexisten la libertad de empresa (artículo 38 de la CE), por la que las personas empleadoras tienen poder de decisión sobre su organización, y el derecho al trabajo (artículo 35 CE), por el que las personas trabajadoras aspiran a la estabilidad en el empleo y a su protección jurídica en caso de ser despedidos sin justa causa. Para adentrarnos en la problemática de la disconformidad existente entre el artículo 56 de la LET con el precepto 24 de la CSEr debe contextualizarse el despido, es decir, el desistimiento o resolución -depende de cómo quiera mirarse- de la relación jurídico-laboral en nuestro ordenamiento. Nuestro Estatuto contempla tres tipos de despidos: el disciplinario, el objetivo y el colectivo. El primero de ellos, el disciplinario, lleva implícito una potestad de resolución por parte del empresario en caso de incumplimiento grave y culpable del trabajador⁵⁰. El segundo, el despido por causas objetivas, está previsto para situaciones atribuibles tanto al trabajador como a la propia empresa. El despido objetivo se encuadra dentro de las causas ETOP, es decir, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción⁵¹. Y, por último, el despido colectivo que comparte las causas que contempla el despido objetivo pero que repercute a un número significativo de trabajadores⁵².

⁴⁹ Reclamación colectiva n. 207/2022 de la Unión General de Trabajadores (UGT) v. Spain. Accesible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/cc207casedoc1-es_1.pdf

⁵⁰ Artículo 54 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁵¹ Artículo 52 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁵² Artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, lo que aquí nos ocupa es la calificación jurídica de procedencia o improcedencia que da el juez al despido impugnado, habida cuenta de que esta declaración es la que abre vía las indemnizaciones correspondientes. Ergo, ello quedará supeditado al cumplimiento de las exigencias que requiere el despido, es decir, a la determinación de una causa y a un procedimiento ajustado a derecho. De modo que, el despido calificado como procedente implica el cumplimiento de los requisitos procedimentales y, por el contrario, la improcedencia supone además la no concurrencia de una causa justa que ampare la decisión del empleador.

Previo a un análisis de lo dispuesto en el artículo 24 de la CSEr se hace necesario hacer mención a que desde 1985, con el Convenio 158 de la OIT⁵³, ya contábamos con un instrumento de protección para con el trabajador en materia de despido, no obstante, mantuvimos siempre la tendencia de abaratamiento del despido sin causa, característica de los tiempos de desaceleración económica. Su precepto décimo recoge la posibilidad de readmisión del trabajador e inclusive el derecho a una indemnización o reparación adecuada en los supuestos de terminación de la relación laboral sin justa causa. Pese a parecer que nos encontramos ante un Convenio prohibitivo del despido, el fin último del mismo no es otro que, como señala el Catedrático Molina Navarrete, *“buscar el equilibrio transaccional entre el mantenimiento del derecho de los empleadores a despedir por causas justificadas y la garantía de que esos despidos no tengan un impacto nocivo desproporcionado para las personas trabajadoras”*⁵⁴.

Si atendemos al tenor literal de lo establecido en el artículo 24 de la versión revisada de la Carta, las Partes se comprometen a reconocer a los trabajadores despedidos sin causa justa, el derecho a una indemnización adecuada o reparación apropiada, es decir, el sistema indemnizatorio se torna hacia la personalización del daño soportado por el trabajador por el fin de la relación laboral. Por consiguiente, se puede extraer que dicho precepto aboga la ilegitimidad de un sistema de indemnización tasado, poniendo de manifiesto así la clara disconformidad con nuestro artículo 56 de la LET. Por ende, es

⁵³ Boletín Oficial del Estado, 155, de 29 de junio de 1985, pp. 20352 a 20354.

⁵⁴ MOLINA NAVARRETE, C. (2021). Protección contra el despido injusto en la Carta Social Europea: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT. En C. Salcedo Beltrán, “La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria”, *Tirant lo Blanch*, pág 155.

más que obvia la simbiosis de lo estipulado en ambos instrumentos cuyo fin último radica en la protección del trabajador en caso de despido *injusto y/o sin causa*, sin limitar o coartar la libertad de empresa, únicamente estableciendo los límites o parámetros que deben cumplir las decisiones en el seno empresarial.

En los meritados preceptos se puede observar la concurrencia de los términos “indemnización adecuada” o “reparación apropiada” ambos términos jurídicos indeterminados, pero que revisten una triple garantía: de causa, por la que el despido tiene que fundarse en una causa justa; de resarcimiento a los trabajadores en caso de producirse tal despido; y, por último, garante de un proceso que permita al trabajador recurrir la decisión. No obstante, la solución a la controversia que se suscita por la determinación de tal indemnización o reparación radica en la delimitación de los daños y perjuicios causados al trabajador, así como en el efecto disuasorio de las medidas compensatorias impuestas al empleador por la toma de su decisión. Por tanto, puede concluirse que la indemnización pretendida por ambos textos cumple con una doble funcionalidad.⁵⁵

Otra de las manifestaciones de este movimiento protectora y garantista del trabajador ante un despido sin causa la podemos encontrar en el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptaron medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del COVID-19⁵⁶. Medidas que permitieron que los trabajadores, aquejados al sistema de los Expedientes Temporales de Regulación de Empleo (en adelante ERTE), mantuvieran y pudieran retornar a sus empleos haciendo ostensible “*el papel amortiguador de los ERTE en términos de empleo*”⁵⁷ y declarando improcedentes los despidos fundados en las consecuencias económicas resultantes del COVID-19. Situación similar a la que acontece actualmente como consecuencia del conflicto armado entre la Federación de Rusia y Ucrania, pudiendo protegerse numerosos puestos de trabajo que pudieran verse amenazados, acogándose las empresas a los ERTE, así como al nuevo mecanismo RED de Flexibilidad y Estabilización del Empleo⁵⁸ implantado con la nueva reforma laboral de marzo del presente año. Todo ello en aras de

⁵⁵ MOLINA NAVARRETE, C. Op. cit., pp. 146 a 181.

⁵⁶ Boletín Oficial del Estado, 86, de 28 de marzo de 2020.

⁵⁷ MALO OCAÑA, M.A. (2021). El empleo en España durante la pandemia de la COVID-19. *Panorama Social*, n. 33, pág. 59.

⁵⁸ Artículo 47 bis del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

evitar despidos basados en consecuencias derivadas de la guerra, que darían lugar a una declaración de improcedencia entrañando así una indemnización más elevada a la prevista y que no podrá ser satisfecha por el empresario.

Ahora bien, volviendo a lo que atañe en este punto, debe atenderse a lo dispuesto en la reclamación colectiva de la UGT, mencionada ut supra, para dar una posible alternativa de cumplimiento por nuestro país a lo dispuesto en el artículo 24 de la CSEr. El objeto de la reclamación se resume en el *“mecanismo previsto para el cálculo de la indemnización establecido (...) en caso de un despido injustificado: la persona trabajadora tiene derecho a una indemnización predeterminada de forma puramente automática por la ley, únicamente fijada en atención al tiempo de antigüedad con un límite máximo establecido por aquélla”*. Además, pone de manifiesto el sindicato que *“la indemnización resultante es global, excluyente y no tiene conexión con la reparación del daño causado, conforme con la jurisprudencia consolidada desde hace décadas, de modo que no existe una posibilidad efectiva de que un órgano jurisdiccional valore y reconozca un daño mayor sufrido por la persona trabajadora como consecuencia del despido sin causa justificada o con causa ficticia”*⁵⁹. Por ende, lo pretendido con esta reclamación colectiva es la reformulación del sistema de cálculo de la indemnización del despido improcedente.

Todo lo aquí expuesto pone de relieve el abaratamiento que ha sufrido la figura del despido en nuestro país. No obstante, otra prueba de ello la encontramos en el informe publicado a finales de 2020 por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, en el que se detalla un análisis sobre el coste de los despidos en España durante el periodo comprendido entre 2015 y 2018. De dicho informe se puede extraer que, en el año 2018, el número de despidos se elevaba a la cantidad 426.664, suponiendo un coste medio a las empresas de:

- 474,10€ para los trabajadores con contrato temporal a tiempo parcial.
- 1.131,50€ para los trabajadores con contrato temporal a tiempo completo.
- 4.815,00€ para los trabajadores con contrato fijo-discontinuo.
- 3.375,70€ para los trabajadores con contrato indefinido a tiempo parcial.

⁵⁹ Reclamación colectiva n. 207/2022 de la Unión General de Trabajadores (UGT) v. Spain, pág. 5. Accesible en: https://www.ugt.es/sites/default/files/cc207casedoc1-es_1.pdf

- 16.977,00€ para los trabajadores con contrato indefinido a tiempo completo.⁶⁰

De forma previa a la propuesta que se detallará a continuación, debe ponerse de relieve la posibilidad de plantear una reforma, en materia de despido, aún más protectora y garantista que defina, atendiendo a las circunstancias personales de cada trabajador, la indemnización adecuada para cada supuesto, logrando así una plena garantía “*del sistema multinivel de tutela del derecho a la estabilidad en el empleo frente a despidos injustificados*”⁶¹, pero sería manifiestamente utópica. De igual manera, entendemos que la solución tampoco radica en determinar un número de días más amplio de los ya contemplados (33 días) para la declaración de improcedencia, ni tampoco en el restablecimiento de la indemnización de 45 días que contemplaba nuestra LET hasta febrero de 2012. Por tanto, para dar cumplimiento a lo pretendido por el precepto 24 de la CSEr y, por ende, también al artículo 10 del Convenio 158, entendemos que lo más ajustado a la realidad actual de nuestro país sería el establecimiento de la readmisión obligatoria⁶², es decir, el restablecimiento del trabajador a su puesto de trabajo en iguales condiciones a las que ostentaba de forma previa al despido sin causa o con causa injusta, incluyendo el abono de los salarios de tramitación. Por consiguiente, la posible solución pasa por establecer un mecanismo de indemnización adecuada y/o reparación apropiada, similar a la ya prevista para los despidos fundados en supuestos de violación de derechos fundamentales que traen como consecuencia la declaración de nulidad.

V. Reflexiones finales.

El presente dictamen ha pretendido poner de manifiesto la importancia de la Carta Social Europea revisada, de carácter directo e invocable ante nuestros tribunales, que entró en vigor el pasado 1 de julio de 2021, ajustándose así al resto de tratados y estándares internacionales de nuestro marco legislativo interno, en un panorama económico-social devastador fruto de las consecuencias derivadas de la COVID-19. Los

⁶⁰ Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018 (2020). Ministerio de Trabajo y Economía Social.

⁶¹ MOLINA NAVARRETE, C. Op. cit., pág. 190.

⁶² Esta técnica reparatoria ya venía siendo avalada por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y, también, por el CEDS en sus conclusiones del año 2003 sobre el informe emitido por Bulgaria.

derechos contemplados en la Carta, así como por su “*instancia máxima de garantía*”⁶³, el CEDS, hacen que nos encontremos ante el instrumento internacional que reviste a los derechos sociales de una mayor protección. Igualmente, con motivo de la ratificación de la CSEr entró en vigor el aclamado Protocolo Adicional de 1995, por el que nuestro país aceptó el procedimiento de reclamaciones colectivas, adhiriéndose así al sistema de informes ya previstos por el texto originario de la Carta. Pese a haber expuesto de forma taxativa la falta de compromiso con los derechos sociales invocados por la Carta, estos hechos ponen de manifiesto la asunción de las obligaciones inherentes a la protección de tales derechos por parte de nuestro Estado.

Con motivo de la ratificación del texto revisado, se hace inexcusable la necesidad de adaptar lo dispuesto en nuestras normas nacionales, tales como el Estatuto de los Trabajadores, así como la Ley General de la Seguridad Social, a lo recogido en la Carta. De un primer análisis de lo estipulado en la Carta, se puede dirimir el carácter protector y garantista del texto con los derechos sociales recogidos en la misma, no obstante, también es clara la necesidad de adaptación del texto a las nuevas realidades de tales derechos. Igualmente, destaca del texto la necesidad de dotar al propio instrumento de unos medios que permitan una mayor efectividad en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados ratificantes.

Pese a ser necesaria la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de la Carta, resulta a esta parte indispensable la adecuación de nuestro Estatuto de los Trabajadores en los siguientes parámetros: el salario mínimo, la jornada, las horas extraordinarias y el despido improcedente⁶⁴.

Otro de los hechos que evidencia la inminente necesidad de adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Carta, lo encontramos en el desconocimiento generalizado de este instrumento por los operadores jurídicos. De lo expuesto en el presente dictamen, así como de lo contemplado en la documentación objeto de examen para la realización de esta investigación (informes, sentencias, reclamaciones colectivas y diferente doctrina),

⁶³ JIMENA QUESADA, L. (2017) “El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29, pág. 172.

⁶⁴ Se prevé una reforma por la que se procederá a “modernizar” la indemnización por despido, así lo comunicó la Ministra de Trabajo y Economía Social el pasado 2 de junio.

se puede concluir que la falta de observancia a los nuevos tratados internacionales, vinculantes a todos los poderes de nuestro país, supone un claro detrimento de los derechos consagrados por tales instrumentos. Es decir, es absolutamente necesaria la difusión de los nuevos mecanismos internacionales para con el fin de que se invoquen en los órganos jurisdiccionales, los encargados de realizar el control de convencionalidad, habida cuenta de que los mismos proporcionan un mayor revestimiento de protección a tales derechos.

A modo de conclusión general del presente dictamen, puede afirmarse que todo lo aquí expuesto, pone de relieve la ostensible trascendencia que tiene la Carta así como la jurisprudencia del CEDS, como estándares de protección más elevados de los derechos sociales y, la inaplazable necesidad de implementación del instrumento así como de los criterios que avalan lo dispuesto en el mismo por nuestros órganos jurisdiccionales, a través del control de convencionalidad, *conditio sine qua non* para favorecer a la culminación de un Estado Social pleno que persiga el desarrollo y protección de los derechos sociales y procure el progreso de los mismo.

VI. Bibliografía y webgrafía.

- BELORGEY, J.-M. (2007). “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”. *Revista de Derecho Político*, nº 70.
- CAIRÓS BARRETO, D.M. (2022). “Nuevos pronunciamientos del TJUE sobre el concepto de tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista de Trabajo y Derecho*, n. 89.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A. (2017). “Control de jornada, horas extraordinarias y trabajo a distancia”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 412.
- JIMENA QUESADA, L. (2015). “El Comité europeo de derechos sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25.
- JIMENA QUESADA, L. (2017) “El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 29.
- JIMENA QUESADA, L. (2006). “Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996”, *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2.
- JIMENA QUESADA, L. (2018). “Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 137.
- MALO OCAÑA, M.A. (2021). El empleo en España durante la pandemia de la COVID-19. *Panorama Social*, n. 33.
- MENDIRI, F. E. (2020). “Prueba de las horas extraordinarias: el registro de la jornada”. *Jurisdicción social: Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia*, n. 207.
- NAVAS DEL CASTILLO, A. y NAVAS DEL CASTILLO, F. (2005). “Derecho Constitucional: Estado Constitucional”, *Ed. Dykinson, S.L.*, España.
- PATIÑO RODRÍGUEZ, D. (2018). “Radiografía de las horas extras no pagadas en España”. *Pobreza en la ocupación e instrumentos de reacción*.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M. (1962). “Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea”, *Revista de Política Social*, nº 53.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, M. (1978). “La Carta Social Europea y su puesta en práctica”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 5.

SALCEDO BELTRÁN, C. (2020). “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (nullum ius sine actione)”. *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 57.

SALCEDO BELTRÁN, C. (2021). “La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria”, *Tirant lo Blanch*.

Decil de salarios del empleo principal. Encuesta de Población Activa (EPA) Año 2020. (2021). Instituto Nacional de Estadística.

Estadística de despidos y su coste. Datos 2015-2018 (2020). Ministerio de Trabajo y Economía Social.

Horas extras no pagadas y absentismo. Una aproximación por CCAA (2018). Por Gabinete Económico de CCOO.

Número total de horas extraordinarias realizadas en la semana por todos los asalariados por sexo y ocupación. Instituto Nacional de Estadística (2022).

OECD (2022). Hours worked (indicator).

Reclamación colectiva n. 207/2022 de la Unión General de Trabajadores (UGT) v. Spain.

Sistema Estatal de Alquiler de Vivienda (2020). Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

VII. ANEXO. Normativa y jurisprudencia consultada.

- Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978.
- Boletín Oficial del Estado, 153, de 26 de junio de 1980.
- Boletín Oficial del Estado, 155, de 29 de junio de 1985.
- Boletín Oficial del Estado, 230, de 26 de septiembre de 1995.
- Boletín Oficial del Estado, 99, de 25 de abril de 2000.
- Diario Oficial de la Unión Europea, 299, de 18 de noviembre de 2003.
- Boletín Oficial del Estado, 288, de 28 de noviembre de 2014.
- Boletín Oficial del Estado, 255, de 24 de octubre de 2015.
- Boletín Oficial del Estado, 22, de 25 de enero de 2019.
- Boletín Oficial del Estado, 61, de 12 de marzo de 2019.
- Boletín Oficial del Estado, 86, de 28 de marzo de 2020.
- Boletín Oficial del Estado, 139, de 11 de junio de 2021
- Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 36, de 12 de febrero de 2022.
- Expediente nº 1740/2000 del Consejo de Estado, de fecha 11 de mayo del 2000.
- Real Decreto 152/2022, de 22 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2022.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de septiembre de 2006.
Asunto Almonacid Arellano y otros vs. Chile.
- Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca (rec.28/2019), de 26 de julio de 2019.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (rec. 5532/2019), de 17 de enero de 2020.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Gran Canaria (rec. 1481/2021), de 10 de febrero de 2022.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Santa Cruz de Tenerife (rec. 884/2021), de 18 de febrero de 2022.
- Sentencia del Tribunal Supremo (rec. 471/2020), de 28 de marzo de 2022.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre 2000, asunto C-303/98
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de diciembre de 2005, asunto 14/04
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15.