

Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita...*)

LUIS JIMENA QUESADA

Catedrático de Derecho Constitucional

Miembro y Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales (2009-2014)

<https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>

CARMEN SALCEDO BELTRÁN

TU de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Consultora Experta Internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea)

<https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>

Cómo citar este trabajo: Jimena Quesada, L., y Salcedo Beltrán, C., (2022). Carta Social Europea, despido y control de convencionalidad: la odisea por alcanzar el reconocimiento de los derechos y sus garantías navegando en las procelosas aguas de las instancias superiores (*excusatio non petita...*). *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 12 (1), 616-624. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.7257>

El pasado 2 de junio de 2022 la Ministra de Trabajo y Economía Social comunicó la intención de “modernizar” la indemnización por despido en el marco de la redacción del próximo Estatuto del Trabajo del siglo XXI. El objetivo es, según avanzó, diseñarla para que *disuada* al empresario y *repare* el daño al trabajador.

El despido injustificado, sin causa o, en términos de la legislación española, improcedente, es de los temas que más protagonismo ha adquirido en los dos últimos años. Esta notoriedad presenta unas notas peculiares en cuanto a su origen - modificaciones legislativas aprobadas por Finlandia, Italia y Francia- y el impacto en nuestro país de los pronunciamientos emitidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) tras solicitarle la supervisión principalmente mediante el procedimiento

de reclamaciones colectivas. En virtud de ello, la atención sobre cualquier acontecimiento o decisión no se limita al ámbito doméstico, sino también a los que se suceden más allá de nuestras fronteras, en un insoslayable contexto de tutela multinivel de derechos y libertades que ha de ser coherente con el principio *favor libertatis* o *pro personae* (y su manifestación más específica en el ámbito laboral como principio *pro operario* o *favor laboratoris*) asumiendo los estándares más favorables establecidos por la jurisprudencia constitucional o internacional.

La respuesta al controvertido debate que hay en la actualidad puede tener un efecto significativo, histórico y sin precedentes puesto que el “tradicional pilar” en el que se sustenta la forma de calcular la cantidad a abonar al trabajador, en el supuesto de que no se le readmita, está en cuestionamiento. El motivo estriba en confrontar la normativa internacional. Mientras esto se realiza, la aplicación del control de convencionalidad para hacer prevalecer ese parámetro más protector nuevamente está en el escenario de las instancias judiciales.

Recientemente se han emitido unas significativas resoluciones que, directa o indirectamente, están relacionadas. Algunas han pasado desapercibidas. Otras se han difundido pero, lamentablemente, acompañadas de datos incorrectos. Este comentario se dedicará a dar cuenta de las novedades, así como a realizar precisiones¹. Su conocimiento y valoración es esencial para los operadores jurídicos y coadyuvará a alcanzar el objetivo que se persigue: la efectividad de la *Constitución Social de Europa*, en cumplimiento del constitucionalismo social. Aunque se progrese en la aceptación de los derechos con sus garantías, alcanzar ese desafío es todavía una *odisea*. Se navega en aguas en las que son abundantes los infundados recelos y predisposiciones en contra, siendo paradigma las instancias jurisdiccionales superiores.

Previamente vamos a insistir en la premisa que mantenemos en todas nuestras investigaciones sobre la naturaleza jurídica de este tratado, y más aún de las conclusiones y decisiones sobre el fondo del CEDS. No se van a reiterar los numerosos argumentos que, con anterioridad, incontestablemente, evidencian su condición de tratado vinculante, junto con la interpretación auténtica del órgano de supervisión. La finalidad radica en adicionar un alegato más. Oportunamente se localiza en los documentos examinados por el Consejo de Estado respecto de la ratificación del Protocolo de Reclamaciones Colectivas que se está tramitando². El informe de la Secretaría de Estado de Justicia de 17 de diciembre de 2020, elaborado por la Directora General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, es contundente sobre los efectos de la CSE,

¹ Se describen las líneas generales. Para un análisis extenso y detallado remitimos a estudios que se publicarán en breve. Entre otros, véase, Salcedo Beltrán, C., “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un *nuevo y excepcional* escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 2022, nº 91 (julio-agosto), pp. 1 a 32 y Jimena Quesada, L., “El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones”, *Documentación laboral*, 2022, nº 125, pp. 1-21 (ambos en prensa).

² Referencia 486/2021, emitido por unanimidad en la sesión de 8 de julio de 2021, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-486>.

estableciendo que “(...) el Tratado es *jurídicamente vinculante* y las decisiones del Comité de Expertos *son de obligado cumplimiento*”.

Entrando en la materia objeto de este análisis, las posiciones encontradas giran en torno a la compatibilidad o desajuste existente entre la regulación legal del art. 56 del ET y la de dos tratados. En concreto, el art. 10 del Convenio nº 158 de la OIT (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo y el art. 24 de la CSE revisada (1996). Transcribimos parcialmente los preceptos y destacamos algunas expresiones, ya que son capitales para la explicación posterior. Se puede constatar que el texto es prácticamente igual y que utilizan idénticos adjetivos. No es casualidad, pues expresamente el Informe explicativo de la CSEr declara que en la redacción de su precepto se tuvo como referente la disposición existente de la otra organización³.

Art. 10 Convenio nº 158 OIT	Artículo 24 CSEr. Derecho a protección en caso de despido
<p>“Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la <u>terminación de la relación de trabajo es injustificada</u> y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, <u>tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.</u>”</p>	<p>Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: (...)</p> <p>b) el derecho de los <u>trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.</u></p> <p>A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.</p>

Ambos deben completarse con la interpretación de los órganos de control. Afortunadamente en uno y en otro ya hay pronunciamientos específicos que han resuelto sobre la disconformidad de las indemnizaciones determinadas según unos baremos generales, con topes máximos. Avanzamos que, en las próximas semanas, habrá más.

Respecto del primero, el 16 de febrero de 2022, el Comité de la OIT adoptó el Informe que examinaba la reclamación presentada el 31 de enero de 2017 por la *Confédération générale du travail (CGT)* y la *Confédération générale du travail - Force ouvrière (CGT-FO)*. En ella, los agentes sociales denunciaban el incumplimiento por Francia del Convenio nº 158 de la OIT tras la entrada en vigor de la Orden núm. 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, *relativa a la previsibilidad y la protección de las relaciones de*

³ Si por algo se caracteriza la actividad del CEDS es por realizar una ejemplar retroalimentación con los instrumentos jurídicos universales y regionales, poniendo de manifiesto una factible coexistencia pacífica entre todos. La indicada en el texto no es la única entre la CSE y los Convenios de la OIT. Un examen específico en Salcedo Beltrán, C., “Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, 2019, nº 434, pp. 153-188.

trabajo que modificó el art. L1235-3 del Código del Trabajo (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). Con anterioridad a esta norma, los jueces, en la estimación de las indemnizaciones atendían al perjuicio causado. Con la modificación incorporada, se elimina esa disponibilidad de forma que deben fijarla observando unas horquillas. El 25 de marzo de 2022 se publicó el documento que daba respuesta a la petición. Señala que ese nuevo método de valoración no permite descartar “(...) el riesgo de que, en ciertos casos, el perjuicio sufrido sea tal que no pueda ser reparado con la cuantía que sería «justa» atendiendo a motivos diversos, como, por ejemplo, la antigüedad del trabajador, la posibilidad de que este vuelva a encontrar un empleo, su situación familiar, etc. Además, el carácter «compacto» de la horquilla, que no puede rebasar un periodo de veinte meses, limita la posibilidad de que el juez tome en consideración estas situaciones individuales y personales”. Tras estas dos afirmaciones, a la hora de determinar su conformidad con el art. 10 del Convenio 158, resuelve que dependerá de si se garantiza “una protección suficiente a las personas injustamente despedidas y de que se abone, en todos los casos, una indemnización adecuada”⁴. Con este escenario invita al Gobierno a examinar periódicamente, junto con los interlocutores sociales, cómo se aplica para verificar si reparan adecuadamente. Este resultado, si bien podemos invocarlo frente a nuestras instituciones públicas por la similitud del fondo analizado, sería recomendable que los sindicatos españoles actuaran análogamente solicitando un pronunciamiento expreso en cuanto al art. 56 del ET.

En cuanto al segundo, en el que nos detendremos, hay más pronunciamientos que, incluso, son más claros y contundentes. Así se podrá advertir que no se está ante un órgano de control de composición tripartita como el precedente ni con un tratado programático, de principios generales, aspiraciones políticas o incompleto⁵. Un estudio idóneo de cualquier precepto de la CSEr debe integrarse con el Anexo⁶, el Informe explicativo y la jurisprudencia del CEDS pronunciada en observaciones interpretativas, conclusiones y decisiones⁷. Una aproximación que no atienda a todos esos elementos será fragmentada. Del art. 24 de la CSEr hay tres observaciones interpretativas, siete decisiones sobre el fondo y ciento tres conclusiones, de las que treinta y siete han sido de no conformidad y veintiséis pospuestas, requiriendo información adicional para poder pronunciarse. Por tanto, la discusión jurídica adquiere mayor envergadura. El procedimiento de

⁴ GB.344/INS/16/3. Accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_839615.pdf

⁵ Una muestra de esa tendencia es la SJS nº 4 de Toledo de 18 de febrero de 2022, nº 54/2022. Merece valoración muy positiva la afirmación de que “La Carta Social Europea es una norma que forma parte del Derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los Tratados de la Unión Europea”. Sin embargo, luego exige que el propio art. 13 de la CSE determine la cuantía mínima de las prestaciones contributivas o remita al umbral de pobreza fijado conforme a la Oficina de Estadística de la Unión Europea. Esa precisión la efectúa el CEDS. Requerir al tratado que incluya esas especificaciones, que tampoco tienen otros, consideramos que es excesiva, además de que daría como resultado un texto muy extenso ya que igualmente debería incorporar las de otras disposiciones

⁶ Es parte del tratado (art. N CSEr).

⁷ En el procedimiento de reclamaciones colectivas se pueden adoptar seis tipos: decisiones sobre la admisibilidad, decisiones sobre el fondo, decisiones sobre la admisibilidad y el fondo, decisiones de archivo, decisiones sobre medidas inmediatas y decisiones sobre la admisibilidad y medidas inmediatas.

reclamaciones colectivas ha sido una de las vías utilizadas para obtener una valoración del CEDS, pero no la única⁸. La primera reclamación colectiva es la n° 106/2014 incoada por *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia. Este país dio una nueva redacción a la *Employment Contracts Act 55/2001* por la *Act 398/2013*, imponiendo el sistema de tasación de las indemnizaciones referenciado. El CEDS resolvió en la decisión sobre la admisibilidad y el fondo adoptada el 8 de septiembre de 2016 que era incompatible con los requisitos del art. 24 de la CSEr. Para garantizar que sean *adecuadas* o *apropiadas*, el juez debe tener la competencia de cuantificar todas las circunstancias presentes en cada supuesto plenamente sin sujeción a márgenes.

La segunda reclamación colectiva fue la n° 158/2017. En esta ocasión la demandada era Italia por la *Confederazione Generale Italiana del Lavoro*. El fondo del asunto era análogo al precedente con la diferencia de que en este supuesto el cambio lo estableció el Decreto legislativo de 4 marzo 2015, n. 23, *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*. La decisión sobre el fondo llegó el 11 de septiembre de 2019, reiterando, coherentemente, el criterio interpretativo ya emitido.

A continuación, cuatro reclamaciones colectivas, esta vez contra Francia. El fondo es evidentemente el mismo que el de la reclamación articulada por la vía de la OIT que se ha relatado. El objetivo es que se realice el examen desde el otro parámetro regulador. Específicamente son las n° 160/2018 y 171/2018, presentadas por la *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO)* y por la *Confédération générale du travail (CGT) Confederación General de Trabajo (CGT)* y las n° 175/2019 y n° 182/2019, por *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse*. Todas están admitidas a trámite. Las dos primeras se han acumulado y ya se ha adoptado la decisión sobre el fondo por el CEDS en la 326ª sesión (del 21 al 25 de marzo de 2022). Se ha trasladado al Comité de Ministros, para su supervisión y eventual ejecución, momento en el que se harán públicas⁹. Las partes, que la conocen están obligadas a guardar confidencialidad ni a realizar ninguna manifestación pública sobre el contenido hasta ese momento o máximo cuatro meses¹⁰.

⁸ Sobre las conclusiones véanse las que condenan a Bulgaria (2003 y 2016), Albania (2012), Finlandia (2018 y 2012) e Italia (2016). Por consiguiente, los agentes sociales, cuando se verifique el cumplimiento de este precepto por el sistema de informes, deberían informar de los incumplimientos en las observaciones que presenten. Sobre la relevancia de estas véase Salcedo Beltrán, C., “La Carta Social Europea guiando al sindicalismo”, *Lavoro e Diritto*, 2021, n° 3-4, pp. 679-698.

⁹ Sobre este trámite, su distinción de la competencia decisoria y del seguimiento posterior, exclusivas del CEDS, así como del desarrollo de este mecanismo de supervisión nos remitimos al extenso estudio de Salcedo Beltrán, C., «El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 57, 2020, pp. 195-271.

¹⁰ El CEDS tuvo que realizar una advertencia el 7 de enero de 2019 a la *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO)* por incumplimiento al publicar una nota de prensa en su página web de la resolución favorable obtenida en la reclamación n° 118/2015. Se difundió en la web del Consejo de Europa para disuadir de su comisión en el futuro. Véase la carta <https://rm.coe.int/lettre-cgiakoumopoulos-cgt-fo2019-01-15-152733/1680921f62> y el aviso <https://go.coe.int/UbImc>. Se incorporó también en la Resolución del Comité de Ministros de 14 de mayo de 2019 (CM/ResChS(2019)4).

En este último país se puede decir que se ha producido una auténtica revolución sobre esta materia. Mientras esperan las decisiones sobre el CEDS, las instancias judiciales francesas se han servido de las dos primeras decisiones sobre el fondo y del control de convencionalidad para reconocer indemnizaciones más elevadas¹¹. El criterio de la *Cour de Cassation* publicado en los *Avis* de 17 julio de 2019 (nº 15012 y 15013) no la contuvo, pues pronunciamientos posteriores persistieron en hacer prevalecer las normas internacionales¹².

Ahora bien, y aquí viene otra de las novedades, esta alta instancia acaba de emitir dos sentencias, en la misma línea, de 11 de mayo de 2022 (nº 21-14.490 y 21-15.247). Destacamos estos cinco puntos: se admite el efecto directo del Convenio nº 158 de la OIT entre particulares sin necesidad de ningún acto complementario; se resuelve que el ordenamiento jurídico francés observa este estándar en la materia indicada; se excluye a los jueces de la posibilidad de realizar un control de convencionalidad *in concreto* apartando este sistema de cálculo pues, de hacerlo, generarían incertidumbre y discriminación entre los ciudadanos; se impide la invocación de la CSEr entre particulares por ser de carácter programática; se avanza que la publicación de las decisiones sobre el fondo del CEDS no tendrá trascendencia pues las califica como no vinculantes.

Las reacciones muy críticas oponiéndose han sido inmediatas. Entre otras, el Sindicato de la magistratura ha emitido una nota de prensa con el título [*Qui va sauver le droit du travail?*](#) en la que señalan que estas sentencias invitan a los jueces a renunciar a hacer su trabajo. En primer lugar, es absurdo que los términos idénticos de dos preceptos -art. 10 del Convenio de la OIT y art. 24 de la CSEr- sean apreciados de forma diferente en cuanto a su efecto. Es una prueba irrefutable de predisposición negativa a la CSEr. En segundo lugar, el Informe del Comité de la OIT ya estaba publicado y lo ha ignorado totalmente. Se han arrogado la competencia de pronunciarse sobre la conformidad. En tercer lugar, concedores del criterio interpretativo del CEDS en las decisiones precedentes e intuyendo que lo mantendrá, avanzan que les resultará indiferente.

Llegamos ahora a España y su traslación con respecto a todo lo relatado. Aunque no se haya realizado ninguna modificación legislativa en cuanto a la “forma” de cálculo de esas indemnizaciones, los órganos de primera instancia comenzaron a aplicar la jurisprudencia de las dos decisiones sobre el fondo mencionadas, integrándolas en la interpretación del Convenio nº 158 de la OIT al no tener aceptado el art. 24 de la CSEr en el momento de enjuiciamiento de los hechos que examinan. La disparidad comenzó en la primera instancia y ya ha llegado a la segunda¹³.

¹¹ A modo de ejemplo véase *Conseils de prud'hommes* Troyes, 13 de diciembre de 2018, nº 18/00036, Amiens, 19 de diciembre de 2018, nº 18/00040, Lyon, 21 de diciembre de 2018, nº 18/01238 y *Cours d'appel* de Chambéry du 27 juin 2019, Reims de 25 de septiembre de 2019, nº 19/00003 o Reims de 2 de septiembre de 2020, nº 19/01046.

¹² *Conseil de Prud'hommes des Sables d'Olonne* de 28 de junio de 2021, nº 19/00053 o de la *Cour d'appel* de Grenoble de 30 septiembre de 2021, nº 20/02512.

¹³ Véase un específico análisis en Salcedo Beltrán, C., “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas...” *op.cit.* pp. 1-32

El 24 de marzo de 2022 el sindicato UGT registró contra España una reclamación colectiva (nº 207/2022). El Profesor Rojo Torrecilla ilustra magistralmente sobre la misma en un reciente comentario en su blog con el título [“Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española \(indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad\) con el art. 24 CSE revisada”](#). Se han emitido informaciones erróneas que deben corregirse. No se impugna la reforma laboral de 2012. Es fácil comprobarlo con el *petitum* en el que es meridiano que se denuncia el sistema de cálculo de la indemnización de despido improcedente. Añadimos que, a efectos de futuras reclamaciones que presenten otras entidades sobre esta materia, sería recomendable que incluyeran un punto muy relevante sobre el que también se ha pronunciado el CEDS y está ausente en la aludida: la conformidad con el art. 24 de la CSEr de la atribución privilegiada al empresario, con carácter general excepto si se trata de un representante de los trabajadores, de la opción entre la readmisión o la indemnización. Igualmente, persistir en que no está admitida a trámite, únicamente registrada.

Llegados a este punto, y hasta tanto se resuelva la citada reclamación nº 207/2022 (previsible y coherentemente en la misma dirección que las formuladas contra Finlandia, Italia o, cuando se conozca, Francia, *supra*) con una eventual decisión de fondo que obligue a la correspondiente modificación legislativa en España, resulta ineludible acudir a la vía del control de convencionalidad por parte de las jurisdicciones nacionales españolas, puesto que de las reseñadas decisiones relativas a reclamaciones frente a otros países se desprenden análogamente criterios accesibles y previsibles. Sobre el particular, es menester señalar que, tras y pese a la STC 140/2018, de 20 de diciembre (FJ 6) que consagra sin ambages el control de convencionalidad¹⁴, una parte de la Academia y de la Judicatura en España parece seguir empecinada en ignorar que su excepcional y correcto ejercicio significa, cabalmente, superar posturas ancladas en viejas concepciones acerca de los sistemas de fuentes (con desdén hacia las normas internacionales), de derechos y libertades (con reticencia hacia los derechos sociales) y de órganos (con desconfianza hacia las instancias internacionales).

En efecto, un sector de la doctrina española (no solamente constitucionalista, sino asimismo administrativista y laboralista, sin descuidar la comunitarista-europeísta) sigue curiosamente empeñada en combatir o restar legitimidad al control de convencionalidad difuso. El argumento *estrella* es el peligro para la seguridad jurídica, aderezado con el pretendido discernimiento entre el más previsible ordenamiento de la UE frente al supuestamente más imprevisible Derecho convencional general. Con relación a ello, además de incidirse en la distinta base habilitante constitucional en España (arts. 93 y 94 de la Constitución Española -CE-), se arguye que la UE contaría (a diferencia de las otras

¹⁴ Un estudio amplio de esta sentencia que pone de manifiesto, además, una extensa trayectoria profesional defendiendo el control de convencionalidad en Jimena Quesada, L., “La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2019, nº 53, pp. 434 a 461.

organizaciones e instrumentos internacionales) con un intérprete supremo (el TJUE) y con un mecanismo *sui generis* (la cuestión prejudicial) que favorecería decisiones uniformes a partir de las dudas interpretativas de los órganos judiciales nacionales¹⁵.

A nuestro entender, dichas razones tendentes a singularizar la UE no deslegitiman en absoluto el control de convencionalidad y, al revés, refuerzan su aval constitucional e internacional. Lo razonamos. En cuanto a la diversa base constitucional “ascendente” para la asunción de tratados internacionales (arts. 93 y 94 CE) para argumentar en contra del control de convencionalidad, ello supone desconocer que ese control tiene un carácter “descendente” en fase aplicativa nacional cuya base común (para la efectividad de los estándares internacionales -incluidos los de la UE-) es el art. 96 CE; por lo demás, dicho sea de paso, el art. 93 no es privativo ni exclusivo para la asunción de tratados de la UE, puesto que ha sido igualmente base habilitante (en lugar del art. 94) para la incorporación de estándares convencionales generales como el Estatuto de la Corte Penal Internacional (Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre). Con respecto a la existencia de un “intérprete supremo” del ordenamiento de la UE, el argumento no es más convincente, puesto que los demás instrumentos internacionales susceptibles de proyectar el control de convencionalidad (sobre todo, en el ámbito de los derechos humanos en el que preferentemente nos movemos) han instaurado también sus instancias máximas de garantía (piénsese en el TEDH o en el mismo CEDS, que no son menos intérpretes supremos en sus respectivos ámbitos que el TJUE).

En lo concerniente al mecanismo de prejudicialidad ante el TUE, el argumento es doblemente rebatible, no únicamente porque esa jurisdicción consultiva no es desconocida en el seno del TEDH (pese a su diversa configuración con respecto al TJUE), sino asimismo porque la praxis de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE no evita la incertidumbre de su planteamiento discrecional por parte de los órganos jurisdiccionales o equiparables legitimados (discrecionalidad eventualmente corregida por el TC en España o subsidiariamente por el TEDH)¹⁶ ni, incluso, la incertidumbre de la ejecución doméstica de las sentencias prejudiciales dictadas por el TJUE¹⁷.

El otro argumento básico que se baraja desde la *resistencia* doctrinal hacia el control de convencionalidad difuso en España radica en la supuesta falta de legitimidad democrática en la propia operación controladora¹⁸ o, incluso, en atribuir ese déficit democrático a quienes encarnan el Poder Judicial por la sencilla razón de no derivar esa legitimidad de

¹⁵ Alonso García, R., “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2020, nº 119, p. 37.

¹⁶ Dicha corrección en amparo por parte de la Jurisdicción Constitucional española (por ejemplo, SSTC 37/2019, de 26 de marzo, o 67/2019, de 20 de mayo) o a través del mecanismo de demanda individual ante el TEDH (verbigracia, *SSTEDH Dhahbi c. Italia de 8 de abril de 2014*, o *Sanofi Pasteur c. Francia de 13 de febrero de 2020*) constituye una clara prueba de la inseguridad jurídica que genera el mecanismo de la cuestión prejudicial planteable ante el TJUE, con impacto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

¹⁷ Como ilustración de ello, el caso *De Diego Porras*, que ha precisado de dos sentencias sucesivas (de 14 de septiembre de 2016, asunto C-596/14, y de 21 de noviembre de 2018, asunto C-619/17).

¹⁸ Canosa Usera, R., *El control de convencionalidad*, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2015, p. 18.

la concurrencia a las urnas en un proceso electoral¹⁹. Ambas lecturas y dimensiones de la legitimidad democrática no resisten la menor crítica al incidir en la “ya cansina objeción contramayoritaria”²⁰ y, por tanto, no hacen paradójicamente sino reforzar y consolidar la teoría del control de convencionalidad.

En lo atinente a los obstáculos levantados por la Judicatura frente a la CSE (incluida la revisada) y frente al control de convencionalidad, resultan un tanto anómalos algunos pronunciamientos recientes del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), como la Sentencia nº 268/2022 de 28 de marzo de 2022 (recurso nº 471/2020), y, en sentido análogo, la nº 270/2022 de 29 de marzo de 2022 (recurso nº 2142/2020). Con relación a la segunda, nos parece muy atinada, nuevamente la crítica vertida por el Profesor Rojo Torrecilla en su blog bajo el título [“La Sala Social del TS establece límites al control de convencionalidad por los juzgados y tribunales sociales. Notas a la sentencia de 29 de marzo de 2022 y amplio recordatorio de la dictada por el TSJ de Cataluña el 17 de febrero de 2020”](#). Con respecto a la primera, resulta llamativo el Fundamento de Derecho noveno (en el que se aborda la “incidencia de la Carta Social Europea”), en la que se ofrece una especie de lección exegética sobre el contenido, estructura y alcance de la CSE de 1961 (y, por extensión, de la versión revisada de 1996); y llama la atención porque, quien ha de establecer básicamente el valor jurídico de un tratado y sus disposiciones es su intérprete auténtico (de la CSE, obviamente, el CEDS). En otras palabras, tras varias décadas desde la adopción de la CSE 1961 y la interpretación sentada por el CEDS, sorprende que un órgano jurisdiccional nacional dedique esfuerzos a explicar la estructura de dicho tratado y el alcance o valor de sus diversas partes (aunque diga no prejuzgar...), sobre todo si es para excusarse a propósito de la no asunción de la CSE y la interpretación del CEDS a pesar del mandato del art. 10.2 CE (*excusatio non petita*...).

¹⁹ Goerlich Peset, J.M., “(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?”, *Labos*, 2021, vol. 2, nº 1, p. 17.

²⁰ Escobar Roca, G., “Estudio introductorio”, en Hernández, A. *et al.* (coords.), *El juez en el constitucionalismo moderno. Algunas reflexiones*, Ed. Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 2020, pp. 17-18.