

La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral*

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Magistrado director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Extracto

La Carta Social Europea es un importante instrumento internacional que no goza quizá de la repercusión práctica que merece. En este trabajo se procede a un acercamiento a esa norma, al problema de su aplicabilidad directa o no, al concepto de «jurisprudencia» del Comité Europeo de Derechos Sociales y al estudio de las dificultades que pudieran explicar el escaso eco que tiene la Carta en las resoluciones de la jurisdicción social, todo ello desde la perspectiva de la función del Tribunal Supremo y de la regulación del recurso de casación laboral.

Palabras clave: Carta Social Europea; jurisprudencia social; aplicabilidad directa; control de convencionalidad; recurso de casación laboral.

Cómo citar: San Cristóbal Villanueva, Juan Manuel. (2021). La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 175-204.

* Este artículo ofrece exclusivamente la opinión personal del autor sobre el tema abordado sin que, en modo alguno, se comprometa o anticipe la opinión de ninguna de las salas del Tribunal Supremo al respecto.

The applicability of the European Social Charter by the spanish jurisdictional bodies: reflections from the perspective of the regulation of labor appeals

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Abstract

The European Social Charter is an important international instrument that does not enjoy the practical impact it deserves. In this work we proceed to an approach to this norm, to the problem of its self-executing condition or not, to the concept of «case law» of the European Committee of Social Rights, and the study of the difficulties that could explain the little repercussion that the Charter has in the judgements of the social jurisdiction, all from the perspective of the function of the Supreme Court and the regulation of the labor appeal.

Keywords: European Social Charter; labour case law; self-execution; conventionality control; labour appeal.

Citation: San Cristóbal Villanueva, Juan Manuel. (2021). The applicability of the European Social Charter by the spanish jurisdictional bodies: reflections from the perspective of the regulation of labor appeals. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 175-204.

1. Introducción

La relación de los jueces y las juezas, en particular de la jurisdicción social, con la Carta Social Europea (CSE) es una relación hasta cierto punto difícil, quizá con algunos reproches, y en la que pudieran tener perfecto encaje aquellas palabras que pronunció Julieta respecto de su amado: «Demasiado pronto le he visto y tarde le he conocido».

Mientras que el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#) (CEDH) es un referente ineludible para los órganos jurisdiccionales, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), las alusiones de los órganos jurisdiccionales internos a la CSE son muy escasas, pese a que su nacimiento tiene el mismo origen. La Carta Social surgió en 1961 como complemento del CEDH, y respondía a la necesidad de dar reconocimiento y cobertura internacional a unos derechos fundamentales que, por la tradicional distinción entre derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos sociales y económicos, de otro, habían quedado fuera del [CEDH](#).

Esa condición de derechos de «segundo nivel» quedó instaurada desde entonces en el imaginario de los aplicadores jurídicos y de los propios Estados, en la medida en que su protección también era de menor intensidad a través de un mecanismo no estrictamente jurisdiccional. Quizá ahí empezó todo.

La CSE se configuró como un instrumento para la fijación de un estándar de mínimos para la protección de derechos sociales, como su propio artículo 32 proclamaba en la [Carta de 1961](#) ([Prieto Suárez, 2008, p. 356](#)), al señalar que sus disposiciones no afectarían a aquellas otras normas internas y tratados vigentes si concediesen un trato más favorable a las personas protegidas por la Carta. Y los derechos en ella recogidos están tan íntimamente conectados con los recogidos en el [CEDH](#) que no tiene mucho sentido la distinción entre unos y otros ([Jimena Quesada, 2014, p. 18](#)), máxime cuando la propia Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 32/13, de 1977, proclamó el carácter indivisible de los derechos humanos, visto que la realización plena de los derechos políticos y civiles no era posible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. La CSE tiene su trasunto en la Unión Europea (UE) en la llamada [Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores](#), aprobada en Estrasburgo en diciembre de 1989, que expone en su preámbulo expresamente su inspiración en la CSE.

Siendo ello así, ¿qué hace falta para que la protección de esos derechos de la CSE se incorpore y normalice en el quehacer diario de la jurisdicción social? ¿Se trata de un desconocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales internos de este instrumento internacional? ¿Existen otras razones para este desencuentro?

Puede pensarse que, en efecto, existen muchas razones para esta desatención: despejada ya esa inicial distinción entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, resulta que la UE como tal no ha ratificado la CSE, mientras que, al menos, respecto del CEDH, el [Tratado de Lisboa](#), en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, permitió que la UE se adhiriera al mismo y en 2013 se ultimó un preacuerdo de adhesión, aunque esta no se haya aún producido.

De otro lado, el proceso de ratificación de la CSE es muy particular, pues aunque en todo convenio internacional existe de ordinario la posibilidad de excepcionar algunas de sus cláusulas por los Estados firmantes, en el caso de la CSE podríamos decir que es casi «una Carta a la carta», pues según se desprende de su articulado, y a diferencia del CEDH, cada Estado puede elegir, dentro de unos límites, los artículos (y, con ello, los derechos sociales de su interés) que van a asumirse y los que no. El sistema de aprobación y ratificación queda así muy devaluado y no es de extrañar por ello, y por algunas otras razones sobre las que luego incidiremos, que se haya llegado a afirmar con razón que la Carta era «la hermana pobre del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (Panzera, 2015).

Para vigilar el cumplimiento de la Carta –que además está redactada en algunas de sus partes en términos que parecen comprometer a los Estados para desarrollar las acciones necesarias para dar plena satisfacción a los derechos en ella recogidos, pero no de forma clara como mandatos de aplicación directa entre particulares– no existe una «Sala de lo Social» en el TEDH, sino que se configura un órgano, inicialmente llamado «Comité de Expertos» y luego «Comité Europeo de Derechos Sociales» (CEDS), que se encarga de recabar información de los Estados y emitir informes invitando a su seguimiento. Y no parece que ese órgano sea un órgano «jurisdiccional» en sentido estricto, pues no emite sentencias.

Para complicar las cosas, a la hora de analizar la eficacia de todo tratado internacional entra en juego la disquisición entre las dos posturas doctrinales enfrentadas desde siempre («monistas» contra «dualistas»), con reflejo en las distintas resoluciones judiciales que han abordado esta cuestión, de tal suerte que es necesario primero de todo dilucidar si la norma internacional que recoge esos derechos sociales es «autoejecutable» (*self-executing*) o no, esto es, si puede crear derechos y obligaciones entre particulares, y solo en tal caso podría invocarse ante los tribunales internos como fundamento de las pretensiones por parte de la ciudadanía, o, por el contrario, es precisa la aprobación de normativa interna que desarrolle la regulación de tales derechos.

No se acaban aquí los obstáculos. Hay que despejar también cómo se debe realizar ese control jurisdiccional en relación con la legislación interna o las actuaciones concretas que pudieran resultar contrarias a las disposiciones de la CSE: el llamado control de convencionalidad y sus límites. Y, por último, de quedar despejado este camino, lleno de incógnitas, analizar si existe una vinculación obligatoria de los órganos internos a las conclusiones y decisiones del CEDS.

Es mi intención, en este breve trabajo, hacer un somero repaso de las distintas encrucijadas de ese sendero que acabamos de identificar, para después adentrarnos en el proceloso mundo de la casación laboral y, entonces, analizar los supuestos en que el Tribunal Supremo (TS) ha tenido que asomarse a la CSE, y aportar en la medida de lo posible algo de luz sobre si los preceptos de esta pueden configurar una cita de infracción legal suficiente para un recurso de casación social, si la llamada «jurisprudencia» del CEDS puede ser invocada como jurisprudencia infringida por quien recurre en unificación, o, aún más, si puede ser invocada como doctrina de contradicción en algún caso en el recurso de casación para la unificación de doctrina (rcud.), esto es, si existe en realidad contradicción entre sentencias, y, antes de ello, como cuestión previa, si sería posible cumplimentar el requisito formal del recurso consistente en la necesaria relación precisa y circunstanciada de la contradicción.

2. La aplicabilidad directa de la CSE

La CSE configura lo que podría llamarse la «Constitución Social de Europa» y recoge un elenco de derechos sociales fundamentales, algo así como la versión «social» de la [Carta Europea de Derechos Fundamentales](#). Nos encontramos, pues, con un tratado internacional firmado por multitud de Estados¹, configurado –como el propio Consejo de Europa expone en su [página web](#)– por la [CSE \(revisada\) de 1996](#), que entró en vigor el 1 de julio de 1999, incorporando en un único instrumento todos los derechos garantizados por la [CSE de 1961](#), su [Protocolo adicional de 1988](#), el [Protocolo modificador \(núm. 2\) de 1991](#), y añade la posibilidad de suscribir el [Protocolo adicional \(núm. 3\) de 1995](#) de reclamaciones colectivas.

La CSE de 1961 fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante [Instrumento de 29 de abril \(BOE de 26 de junio de 1980\)](#), y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio de ese mismo año. La [CSE \(revisada\)](#) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. Hasta la fecha la han ratificado 35 países. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación, cuyo proceso se puso en marcha en 2020, tras un informe del Consejo de Estado que señalaba la necesidad de que fuese autorizada por las Cortes Generales ([BOE de 11 de mayo de 2020](#)), toda vez que se estaba «ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por ley en el ordenamiento español», por lo que «ha de estimarse comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de

¹ Un total de 43 Estados de los 47 miembros del Consejo de Europa han ratificado la CSE en su versión inicial y/o revisada entre los que están los 27 miembros actuales de la UE.

las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión». El [Consejo de Ministros aprobó el Acuerdo por el que se dispone la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea revisada](#) y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha Carta, solicitando su tramitación por el procedimiento de urgencia, estando todavía pendiente al tiempo de redactar estas líneas.

Lo que sí se ha firmado recientemente por España (el 4 de febrero de 2021) en la sede del Consejo de Europa en Estrasburgo es el [Protocolo adicional \(núm. 3\) de 1995](#) de reclamaciones colectivas, lo que puede significar un paso de importancia en las cuestiones que abordamos en este trabajo.

La CSE es así un convenio internacional de aplicación en España –de momento en su versión de 1961– y, a la luz de lo señalado por el [artículo 96 de la Constitución española](#) (CE), forma parte del ordenamiento interno. Sentado lo anterior, llegamos al primer cruce de caminos en este breve análisis: ¿sus disposiciones son de aplicación directa?, ¿son las normas de la CSE, y, por ende, los derechos en ella reconocidos, de los llamados «*self-executing*»?

Ya aludí en el epígrafe introductorio a la controversia doctrinal «dualismo/monismo» en lo que respecta a los convenios internacionales, de donde se deriva la exigencia de que los derechos reconocidos en ellos estén, primero, recibidos por el Estado de que se trate y, luego, necesitados de desarrollo legislativo interno, o es bastante que una vez firmados estén redactados con la suficiente concreción y de la forma suficientemente precisa como para ser invocados ante los órganos jurisdiccionales internos y poder fundamentar reclamaciones de carácter horizontal (esto es, entre particulares). La cuestión a dilucidar es, pues, si las disposiciones de un convenio internacional –si son lo suficientemente precisas– son directamente aplicables una vez que el convenio ha sido aprobado y ratificado por España, y publicado en el BOE, o se necesita un ulterior desarrollo legal y reglamentario que manifieste en el ámbito interno la voluntad de los Estados contratantes.

Como se ha destacado por la doctrina ([Alzaga Ruiz, 2020, p. 13](#)), probablemente nuestro sistema es «dualista moderado». Las disquisiciones entre ambos sectores quizá debieran resolverse, como en tantos otros aspectos de la vida, por lo que llamaríamos el «camino intermedio»: atendida la regulación legal ([Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), de tratados y otros acuerdos internacionales), nuestro sistema sería dualista, porque exige un acto de recepción, y moderado, porque solo precisa de una simple publicación en el BOE y no de un orden de ejecución del tratado mediante la aprobación de una ley.

Y, por lo que respecta a los efectos *self-executing* de la CSE, hay que acudir al [artículo 30 de la citada Ley 25/2014](#) para comprobar que «[l]os 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».

Así pues, habrá que ir disposición por disposición del tratado o convenio para solventar si su regulación es lo suficientemente concreta, clara, precisa, directa e incondicional y, por ende, exigible entre particulares y esgrimirse como el fundamento en una contienda judicial. Es lo que se ha llamado el análisis de la «justiciabilidad» de la CSE ([Akandji-Kombé, 2014, pp. 269 y ss.](#)).

En esta tarea, los órganos jurisdiccionales internos se han dividido claramente, siendo mayoritaria la postura que sostiene que los derechos reconocidos en la CSE no son *self-executing*: las obligaciones de la Carta son mandatos internacionales a los diversos Estados para que acomoden su legislación a esos mínimos de protección social. A pesar de ello, son muchos los juzgados de lo social que –cada vez más– optan por la otra postura y, ocasionalmente, algunos votos particulares en sentencias de tribunales superiores de justicia (TSJ) (País Vasco, Cataluña) y alguna sentencia ([Sentencia del TSJ –STSJ– de Canarias/Las Palmas 73/2017, de 31 de enero](#)), y que en tal sentido defienden, de un lado, que los derechos reconocidos en la CSE son directamente aplicables por los tribunales españoles y, además, que pueden también serlo las decisiones emanadas del CEDS, siendo uno de los casos más paradigmáticos el referido a la validez o no del periodo de prueba de 1 año de los contratos de apoyo a los emprendedores. Luego volveré sobre este tema concreto de la eficacia de esas decisiones.

La doctrina en este aspecto también aparece dividida. Por un lado, quienes defienden su inaplicabilidad directa soportan sus argumentos en un andamiaje compuesto por (i) un análisis de la estructura de la Carta, que distingue tres partes diferenciadas y de las que algunas son claramente programáticas y que según estiman extienden ese efecto de mera enunciación de principios a todo su articulado, (ii) la debilidad de la CSE en cuanto a su valor jurídico, propia de un documento político y plagado de obligaciones jurídicas de mero carácter internacional y estatal, cuya aplicabilidad está sometida únicamente a la supervisión que se contempla en la parte IV, cuando no redactados los derechos allí expresados bajo el paraguas de la obligación de «reconocer» y de «comprometerse», siendo esta –en principio– impropia de las normas que generan obligaciones directas entre particulares, y (iii) finalmente culminan la argumentación con base en que el protocolo de reclamaciones colectivas, un aspecto que podría configurar el síntoma determinante de la obligatoriedad de la Carta, no había sido ratificado por España (hasta hace escasos días), y que, además, no exige para su planteamiento el haber agotado las vías internas.

Quienes defienden con mayor entusiasmo la aplicabilidad directa de las disposiciones de la Carta (*v. gr.* [Salcedo Beltrán, 2016](#)) destacan y se apoyan precisamente en una lectura distinta de esos mismos tres aspectos esenciales: la propia estructura de la Carta, los términos usados en la regulación de los derechos que se proclaman y, finalmente, en las reclamaciones colectivas.

Aun siendo los argumentos ofrecidos por ambos sectores de gran solidez, parecen destacar como más relevantes los de quienes defienden la aplicabilidad directa. Frente a

la endeblez del argumento sobre la estructura de la Carta para apoyar la no aplicabilidad, pese a que su concreto articulado deja bien a las claras las partes de la CSE que son meramente programáticas o bien compromisos nacionales, de aquellas otras (parte II) que establecen derechos sociales reconocidos en términos equiparables a las regulaciones de carácter interno, es lo cierto que parece irrefutable el argumento que se deriva del artículo H, cuando bajo el rótulo de «Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales» establece que:

Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas.

Si las disposiciones de la Carta no afectan a las disposiciones de derecho interno más favorables, es, en buena lógica, porque sí lo hacen a las menos favorables, lo que impone una asunción directa de obligaciones con efecto directo, exigibles entre particulares, y aplicables por los tribunales internos. Si a ello unimos la posibilidad (art. D) de asumir y resolver a través del CEDS reclamaciones colectivas esgrimidas por entidades de carácter interno (sindicatos, asociaciones de empresarios/as, organizaciones internacionales de personas empleadoras y trabajadoras, y otras organizaciones no gubernamentales reconocidas como entidades colectivas) tras un proceso de formato cuasi judicial, el soporte a la aplicabilidad directa está casi servido, pero solo casi.

Y es que no ayuda nada a la razonable y conveniente aceptación de la eficacia directa horizontal de los derechos de la CSE que en la [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) aparezcan muchos de ellos incluidos en el apartado titulado «Solidaridad» (arts. 27 a 38, comprendiendo el derecho a información y consulta de la representación de las personas trabajadoras, el derecho a la negociación colectiva, el derecho al acceso a los servicios de colocación, la protección frente al despido injustificado, etc.) y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)² parezca que los clasifica –ante la posible falta de concreción– en lo que se ha llamado categoría «subalterna» de los principios consagrados en el artículo 52.3 de la CDFUE ([Stangos, 2018, p. 157](#)), esto es, la categoría a la que pertenecen aquellos derechos que no pueden ser invocados directamente ante los órganos internos en reclamaciones entre particulares, pues se negó tal eficacia directa horizontal al derecho de información y consulta de las personas trabajadoras, condición que, sin embargo, sí ha reconocido el TJUE a otros derechos, *v. gr.*, al derecho a la no discriminación por edad (así, por ejemplo, SSTJUE de [22 de noviembre de 2005, asunto C-144/04, Mangold](#); [19 de enero de 2010, asunto C-555/07, Küçükdeveci](#); [13 de septiembre de 2011, asunto C-447/09, Prigge](#); y [19 de abril de 2016, asunto C-441/14, Dansk Industri](#)).

² Sentencia del TJUE (STJUE), Gran Sala, de 15 de enero de 2014, asunto C-176/12, *Association de médiation sociale*.

Como más arriba ya señalé, los órganos jurisdiccionales españoles, dejando aparte el TS, sobre el que luego recogeré mis reflexiones, se han dividido entre los que aceptan la ejecutividad directa de los derechos de la CSE y los que la rechazan. Son los juzgados de lo social³ los más proclives a su aplicación directa y sobre los que más recae la atención de la doctrina especializada en la CSE. El caso paradigmático lo fue el referido al periodo de prueba de 1 año del contrato de apoyo a emprendedores, respecto del que algunos juzgados de lo social dejaron de aplicar el correspondiente precepto legal ([art. 4 y apdo. 2 disp. trans. novena Ley 3/2012](#), de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) por entenderlo contrario a la CSE. Como ha destacado [Canosa Usera \(2015\)](#), lo más curioso de este caso es que el Tribunal Constitucional (TC) acabó declarando constitucional ese precepto inaplicado por los jueces y juezas de lo social, pero poco tiempo después el CEDS (Conclusiones de 2014) apreció su no conformidad con la CSE. El colofón de este intrincado asunto fue que esta modalidad contractual acabó siendo derogada (manteniendo la validez de los ya celebrados) en el [Real Decreto-Ley 28/2018, de 28 de diciembre](#), para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, bajo el argumento, ofrecido en su preámbulo, de que ello era conveniente «[p]ara garantizar la seguridad jurídica y evitar la incertidumbre de empresarios y trabajadores sobre la vigencia de dichas medidas», y, en consecuencia, resultaba «preciso efectuar las necesarias modificaciones normativas para suprimir los tipos de contrato de trabajo o aquellos aspectos de su regulación que se han visto afectados por el descenso de la tasa de desempleo por debajo del 15%». Otros asuntos abordados por los juzgados de lo social en los que la Carta de Derechos Sociales jugó un relevante papel aplicándose directamente fueron los relativos a la desvinculación del incremento de las pensiones al IPC y la imposibilidad de asimilación del tiempo de disponibilidad o guardia no presencial a tiempo de descanso. Luego veremos si de las resoluciones del TS puede extraerse alguna luz clarificadora al respecto.

3. El control de constitucionalidad y de convencionalidad

Si aceptamos que los derechos reconocidos en la CSE son *self-executing* y, por ende, invocables en un concreto pleito entre particulares, la encrucijada siguiente es determinar cómo se debe ejercer el control judicial de la acomodación de la regulación interna o de la práctica o decisión empresarial de que se trate a lo regulado en la Carta.

Entramos, pues, de lleno en el control de constitucionalidad y convencionalidad. Los pronunciamientos iniciales del TC pueden sintetizarse en la Sentencia del TC ([STC](#)) [119/2014, de 16 de julio](#), precisamente sobre el contrato de emprendedores ya aludido antes, y resolviendo un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra. En

³ Un buen repaso de los diversos pronunciamientos judiciales en [Alzaga Ruiz \(2020, p. 16\)](#) y [Salcedo Beltrán \(2016\)](#).

esta sentencia, el TC analiza, entre otras cosas, si el periodo de prueba de 1 año de duración en ese nuevo tipo de contratos era contrario a los artículos [35.1](#), [37.1](#), [24.1](#) y [14](#) de la CE, y tras descartar que pueda entrar al análisis estricto del control del periodo de prueba en tanto los derechos de él derivados son de configuración legal, que no constitucional, se centra en el estudio de si una previsión de ese tipo puede vulnerar el derecho al trabajo del [artículo 35 de la CE](#) y los artículos [14](#) y [24](#) de la CE. Y llegado a ese punto, el TC resuelve que, de un lado, el establecimiento de un periodo de prueba de 1 año responde a una finalidad legítima (crisis económica, lucha contra el desempleo...) y, de otro, dicha medida supera el test de razonabilidad y proporcionalidad. Todo lo cual desemboca –por las mismas razones– en la inexistencia de vulneración de los artículos [14](#) y [24](#) de la CE, y, a la postre, en la constitucionalidad de tal periodo de prueba. La STC contiene un muy interesante voto particular en el que, en lo que respecta al periodo de prueba, y acudiendo como referente de la necesidad de conformar el instituto del despido formal y causal a la luz de interpretación de las normas de la forma más favorable a las exigencias internacionales configuradas por la [CDFUE](#), la CSE y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), recuerda cómo el Gobierno griego también introdujo un periodo de prueba de 1 año en unos nuevos contratos de trabajo y el CEDS dictaminó por unanimidad que se oponía al artículo 4.4 de la CSE, con base en que:

Si bien es legítimo establecer periodos de prueba [...], el concepto no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada [a fin de evitar] que las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces. [La legislación griega] no ha previsto que haya un periodo de notificación ni pago de indemnización alguna en el caso de que un contrato de trabajo, que es calificado como permanente por la ley, sea extinguido durante el periodo de prueba de 1 año establecido en la misma [Resolution CM/ResChS (2013) 2]. Finalmente, y atendiendo al «juicio de proporcionalidad», considera que ese periodo de prueba extraordinario no lo supera.

El TC en esta sentencia acude para fundar su fallo, entre otras cosas, al valor interpretativo del [Convenio 158 de la OIT](#), ex [artículo 10.2 de la CE](#) (interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades recogidas en la CE de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España), pero no lo hace así respecto de la solución dada por el CEDS al caso griego ya referido. Y eso que ya en la [STC 229/1992, de 14 de diciembre](#) (el caso de Hunosa y la prohibición normativa a las mujeres para ser mineras, con base en una supuesta protección de estas), había señalado que el [artículo 14 de la CE](#) era preferente por más protector que el [artículo 8.4 b\)](#) (hoy [8.4 y 5](#)) de la CSE, que contemplaba como un derecho de estas esa prohibición a las mujeres en trabajos penosos y peligrosos.

La cuestión era saber si el TC estaría dispuesto a aceptar el «camino inverso», pues la arquitectura del juego de normas nacionales/internacionales en la búsqueda de la más favorable debiera ser, por lógica, un camino «bidireccional»: ¿qué pasaría si la norma de la CSE

fuera más favorable que la normativa interna? Por el momento no parece que ese sendero esté expedito, a la vista de la comentada [STC 119/2014](#).

Un hito de importancia, pese a todo, lo configuró la [STC 140/2018, de 20 de diciembre](#), del Pleno, en la que se desestimaba íntegramente el recurso de inconstitucionalidad formulado contra la [Ley orgánica 1/2014, de 13 de marzo](#), de modificación de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), relativa a la jurisdicción universal. El TC, en esa sentencia, afirma que:

[...] el artículo 10.2 CE no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del título I de la Constitución. Tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por la jurisprudencia de este tribunal, el artículo 10.2 CE tampoco supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas, [...]

aunque luego procede a analizar los diversos tratados internacionales y otros acuerdos para usarlos como canon interpretativo. Lo más relevante, con todo, es que en el fundamento jurídico sexto, y tras reconocer que nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces y juezas efectúen el llamado «control de convencionalidad», sin embargo, recuerda cómo el [artículo 96 de la CE](#) establece que los tratados internacionales de que España sea parte integran el ordenamiento interno, lo que supone en palabras del TC que:

[...] la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales «no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (en este sentido, SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, y 12/2008, de 29 de enero, FJ 2).

Es lo que se ha llamado por la doctrina el «control difuso de convencionalidad» ([Jimena Quesada, 2019](#)).

Y el TC finaliza afirmando que:

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE [lo que supone que] cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto [...]. En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE [...].

Esta doctrina se ha consolidado, reiterándose en las SSTC [10/2019](#) (FJ 4.º), [23/2019](#) (FJ 2.º), [35/2019](#) (FJ 2.º), [36/2019](#) (FJ 2.º), [80/2019](#) (FJ 3.º) y [87/2019](#) (FJ 6.º).

Llegados a este punto, aceptada la aplicación directa *inter privatos* de los derechos reconocidos en la CSE y su invocación en un pleito –siempre que estén recogidos con claridad, concreción y sin que de su regulación se desprenda que es preciso desarrollo interno ulterior–, al juez/a le correspondería calibrar si la regulación interna es menos favorable que la allí contenida, efectuando ese control de convencionalidad, en una suerte de actuación semejante a la que, sin problema alguno, realizamos los jueces y las juezas frecuentemente con el derecho de la UE por el juego de los principios de «primacía», «equivalencia» y «efecto directo» cuando tenemos que determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado. Como dice el TC en la [sentencia que comentamos](#) (FJ 6.º), esta posibilidad de los órganos jurisdiccionales no excluye el postrero control constitucional, pues el TC podría:

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

irrazonable no podría considerarse fundada en derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6; y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)» (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4.º).

4. La vinculación a las decisiones del CEDS (¿jurisprudencia?)

Dijimos más arriba que el control del cumplimiento de los derechos recogidos en la CSE le corresponde al CEDS, regulado en el artículo C de la [Carta revisada](#), que se remite a la parte IV de la Carta modificada por el Protocolo de Turín, y que en su artículo 25 establece la configuración de un Comité de Expertos Independientes (desde 1998 se cambió su denominación a Comité Europeo de Derechos Sociales) de, al menos, 9 miembros –hoy son 15– elegidos por el Comité de Ministros⁴ de una lista de personas expertas de la máxima integridad y competencia en cuestiones sociales e internacionales. Se nombran por un periodo de 6 años, con posibilidad de reelección por una sola vez.

Su misión es la de efectuar un control de la aplicación que los diferentes Estados que la han suscrito hacen de los derechos en ella reconocidos y si ofrecen el nivel de protección necesario, y ello a través –esencialmente– de dos fórmulas: las conclusiones a los «informes» que emite tras recabar datos a los diferentes Estados y a las organizaciones afectadas (sindicatos, organizaciones empresariales y supraempresariales, etc.) y las «decisiones» que adopta respecto de los procesos de reclamaciones colectivas.

Si acudimos a la base de datos del TEDH ([HUDOC](#)), veremos que se tiene la posibilidad de acceder a varias pestañas que conducen a diversos repertorios, bien a los dictámenes de la Comisión contra la tortura, los de la Comisión contra el racismo y la intolerancia, el Departamento de Ejecuciones del TEDH, informes del Grupo de Estados contra la Corrupción, etc., pero nos centraremos en dos de ellos: de un lado, el de las resoluciones del TEDH y, de otro, el de las del CEDS. Mientras aquellas son denominadas «jurisprudencia» del TEDH (*case law*) y sus resoluciones «sentencias» (*judgements*), dicha expresión no se usa en el repertorio de las resoluciones del CEDS, cuyo buscador se limita a clasificarlas en decisiones, conclusiones y declaraciones interpretativas.

¿Configuran realmente «jurisprudencia» todos los casos resueltos por el CEDS?

La creación de jurisprudencia es una facultad reconocida en las leyes a los máximos órganos interpretativos de aquellas, esto es, a las Cortes Supremas y Cortes Constitucionales

⁴ El artículo 25 de la parte IV de la Carta, modificada por el Protocolo de Turín de 1991, establece que los 15 miembros del CEDS son elegidos por la Asamblea Parlamentaria, pero ese precepto no se aplica y sigue nombrándolos el Comité de Ministros.

(respecto de la llamada jurisprudencia constitucional), así como aquellos otros altos órganos jurisdiccionales de carácter supranacional. No parece posible que la jurisprudencia pueda surgir de ningún órgano «no jurisdiccional», o de un órgano administrativo, ya nacional o internacional, pues para que exista jurisprudencia es preciso que se trate de la reiteración del «producto» (resolución) de un «tribunal»: resoluciones que, resolviendo contiendas jurídicas, en la cumbre de la organización de justicia, se han emitido tras un proceso de alegaciones y, en su caso, prueba con intervención de las personas contendientes, mediante la deliberación de un grupo de «jueces» reconocidos como tales, y con efectos «ejecutables», esto es, pudiendo compeler a los/las litigantes al cumplimiento de lo resuelto.

Como ha señalado [Canosa Usera \(2015\)](#), el problema es que el CEDS no es un tribunal como lo es el TEDH, sus miembros no los elige la Asamblea Parlamentaria, sino el Comité de Ministros y, para colmo, a pesar de que bastantes de los derechos sociales de la CSE se recogen en la [CDFUE](#), esta no contiene una referencia a la «jurisprudencia» del CEDS y tampoco se obliga a ella como parece que sí lo hace respecto de la jurisprudencia del TEDH cuando la cita expresamente en el preámbulo, o como cuando en el artículo 52.3 alude al alcance al menos igual en la protección de los derechos reconocidos en el [CEDH](#), pero no citando a la CSE.

A pesar de lo anterior, el Consejo de Europa, en su [página web](#), y al denominar las resoluciones del CEDS, las denomina sin paliativos «case law», esto es, la jurisprudencia del CEDS, y así lo hacen las propias instituciones europeas en algún caso –[Informe del Parlamento Europeo de 16 de julio de 2015 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea \(2013-2014\) \[2014/2254\(INI\)\]](#)–. Este dato no puede ser tomado como determinante: basta acudir a la base de datos oficial española del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) (Cendoj), para descubrir que en la pestaña de consulta con el rótulo «jurisprudencia» se recogen las resoluciones (autos y sentencias) no solo del TS, sino también de los TSJ. Es patente que en tal caso el término jurisprudencia no se utiliza en sentido técnico ni exacto.

La doctrina especializada en la CSE sostiene que es preciso abrir, ampliar, ese concepto estrecho u obsoleto ([Jimena Quesada, 2016, p. 8](#)) de «jurisprudencia» anclado en la tradición del [artículo 1.6 del Código Civil](#). De un lado, se afirma con razón que sus integrantes son independientes y, a tal efecto, efectúan el juramento en su toma de posesión ([Salcedo Beltrán, 2016](#)), lo que les acerca mucho en la posición institucional y de garantía para el justiciable al estatus de los jueces/zas y con un riguroso sistema de incompatibilidades.

Ocurre, sin embargo, que las conclusiones de sus «informes» son respuestas a problemas de carácter genérico, obtenidas, a su vez, de los diversos informes estatales que anualmente se emiten sobre el cumplimiento de la Carta, que terminan con una invitación al Estado que corresponda a acomodar su legislación o adoptar las medidas necesarias.

Otro punto crítico es la «escueta y autosuficiente argumentación» de los informes del CEDS ([García-Perrote Escartín, 2016](#)), que no es la propia de un tribunal en la cúspide de la organización judicial resolviendo litigios de la máxima relevancia social, legal o constitucional.

Frente a estas críticas, se ha invocado que la jurisdicción contencioso-administrativa no ha tenido problemas en aceptar la condición de jurisprudencia de las decisiones del CEDS. Pero lo cierto es que lo han hecho algunas salas de los TSJ, pero no la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, tampoco en su [Sentencia de 25 de mayo de 2012 \(rec. 3340/2011\)](#), en la que confirma la STSJ de Valencia que rechazó la existencia de un derecho a la objeción de conciencia frente a la asignatura de Educación para la Ciudadanía y reitera la doctrina contenida, entre otros, en el recurso que fue resuelto por la [Sentencia del Pleno de 11 de febrero de 2009 \(rec. 905/2008\)](#) y, con la misma fecha, las Sentencias de los recursos [948/2008](#), [949/2008](#) y [1013/2008](#), sentencias todas ellas en las que ni siquiera se cita ni la Carta, ni al CEDS. Solo en el voto particular de uno de los magistrados se cita la Carta.

Es muy difícil aceptar que esos informes del CEDS son «jurisprudencia», pues no existe un litigio previo interno, no surge de un conflicto concreto, sino de las consultas genéricas efectuadas, esas resoluciones no tienen la «fuerza ejecutiva» propia de una sentencia, y, desde luego, extenderles esa denominación en plenitud, con toda su carga intrínseca, no me parece posible. Otra cosa es que la doctrina especializada, o la propia [web del Consejo de Europa](#), la denominen así, «jurisprudencia del CEDS», pero no creo que pueda quedar, en lo tocante a los informes, asimilada plenamente al concepto legal interno o internacional de jurisprudencia (jurisprudencia del TS, del TC, del TEDH o del TJUE).

Quizá otra conclusión pudiera derivarse del otro tipo de resoluciones que adopta el CEDS: las «decisiones». Estas tienen lugar tras un proceso regulado en el artículo D de la Carta, que remite al [Protocolo adicional de la Carta de 1995](#), donde se señala que el CEDS resolverá las reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta, formuladas por las organizaciones legitimadas para ello (organizaciones internacionales de personas empleadoras y de personas trabajadoras a que se refiere el art. 27 de la Carta, otras organizaciones no gubernamentales reconocidas como consultivas por el Consejo de Europa y las organizaciones empresariales y de personas trabajadoras nacionales sometidas a la jurisdicción de la parte contratante contra la que se dirige la reclamación). Se trata de una reclamación por escrito donde se expondrá el derecho vulnerado y la forma en que el Estado de que se trate no ha garantizado la aplicación satisfactoria de la Carta, quien, además, puede ser invitado a efectuar alegaciones sobre la admisibilidad de la reclamación, y de admitirse y solicitadas las pertinentes aclaraciones, y tras, incluso, la celebración de una audiencia con los «representantes de las partes», se emitirá una «decisión», que es trasladada al Comité de Ministros, quien adoptará una resolución y, en su caso, una recomendación al Estado afectado. La recomendación contendrá, de ordinario, una invitación al Estado para que corrija o adopte las medidas oportunas tendentes a reconducir la situación que ha sido considerada no conforme a la CSE. Este proceso de las reclamaciones colectivas es el que España aún no había ratificado, pero acaba de hacerlo, como ya dijimos más arriba, el 4 de febrero de 2021.

No puede negarse que el proceso seguido para esta toma de decisiones es «cuasi judicial», con un escrito a modo de demanda, un periodo de alegaciones y prueba, por medio de informes y declaraciones, e, incluso, una vista, que desemboca en una resolución muy

parecida en su estructura a una sentencia del TEDH, con mención a las alegaciones de las partes (organización reclamante y Gobierno afectado), con relación de preceptos legales aplicables, fundamentación jurídica y conclusión sobre violación o no del precepto de la Carta, pero dos inconvenientes hay aún para aceptar que tal decisión sea una «sentencia» –al margen ya de que no se la denomine así–: de un lado, que su resultado desemboca, es verdad, en el reconocimiento o declaración de que uno de los derechos de la Carta ha sido vulnerado, pero ello no genera una obligación directamente exigible –al menos, por vía diplomática– al Estado, como sí puede hacerse con las sentencias del TEDH. Es verdad que desde antiguo se ha afirmado que «las sentencias internacionales son solo obligatorias, no ejecutorias», pero no lo es menos que el [CEDH](#) sí contiene en su artículo 46 y bajo el rótulo de «fuerza obligatoria y ejecución de sentencias» una fórmula de cumplimiento por vía diplomática de sus sentencias, que, sin embargo, en la CSE no se articula ni con el mismo juego semántico (no se habla en ningún momento de ejecución ni de sentencia, solo se alude a recomendaciones a la vista del informe por parte del Comité de Ministros al Estado afectado) ni con el mismo proceso diplomático de imposición al Estado afectado de la decisión, pues, en el caso del CEDS, la Carta no ofrece –a mi juicio– términos tan imperativos como sí lo hace el [CEDH](#), sin olvidar que, además, respecto del TEDH existe un Departamento de Ejecución de sus sentencias (consultable en [HUDOC EXEC](#)).

Otro obstáculo para entender que esas decisiones sean «jurisprudencia» en sentido estricto lo constituye el hecho de que no son la culminación de un litigio concreto, entre dos partes enfrentadas, y que, además, no hay que agotar las vías internas para obtener un pronunciamiento del CEDS: no aparece, pues, configurado como la culminación del acceso a la tutela judicial efectiva en el ámbito internacional en materia de derechos sociales, no culmina los pronunciamientos internos en la materia debatida, por más que el CEDS, desde luego, sea el intérprete natural de la Carta Europea de Derechos Sociales.

Resultaría todo más sencillo, al margen de las legítimas críticas que puedan hacerse sobre la comprensión que de la naturaleza de las resoluciones del CEDS hacen los órganos jurisdiccionales de lo social de nuestro país, si la propia Carta ([Brillat, 2014, pp. 217 y ss.](#)) en futuras reformas contemplase un sistema de demanda individual ante el Comité de Derechos Sociales, o judicializarlo, o fusionar de una vez por todas el [CEDH](#) con la CSE o crear una Sala de lo Social en el TEDH. Pero nada de eso ha ocurrido, pues, por lo que se ve, poco interés en los diversos Estados firmantes hay para ello.

No obstante, lo expuesto, que las decisiones del CEDS no sean, a mi juicio, jurisprudencia en sentido estricto, más allá de su denominación retórica como tal, no significa que aquellas no puedan inspirar las decisiones judiciales internas. Si partimos de que bastantes de los derechos reconocidos en la Carta en su parte II son derechos contenidos y regulados en disposiciones *self-executing*, a la hora de invocarlos en un proceso interno, habría que argumentar por la persona interesada y el órgano judicial valorar, la interpretación que de los mismos haya efectuado el CEDS, la forma en que han sido comprendidos y perfilados por él. Eso sí, cualquier desviación interna sobre la interpretación que de los mismos haya

hecho el CEDS no configuraría «infracción de jurisprudencia» a los efectos de un hipotético recurso de suplicación o casación.

Entremos ya, entonces, en una nueva encrucijada: la CSE y los recursos de casación laboral.

5. Análisis desde la perspectiva de la interposición de un recurso de casación laboral: posición del TS respecto de la CSE

5.1. El requisito de la cita y fundamentación de la infracción legal

Es doctrina constante de la Sala de lo Social del TS, apoyada tanto en la [anterior Ley de procedimiento laboral](#) como en la actual [Ley reguladora de la jurisdicción social](#) (LRJS), y es de sobra conocido, que la viabilidad de un recurso de casación, ya ordinario ya unificador (rcud.), solo será posible si la persona recurrente procede de forma adecuada a la cita y fundamentación de la infracción legal, exigencia recogida en la LRJS para el recurso ordinario en el [artículo 210.2](#) y en el [artículo 224.1 b\) y 2](#) para el rcud.

Tradicionalmente, la Sala Cuarta ha establecido de forma conjunta para ambos recursos de casación –con la salvedad de los motivos para modificación fáctica que no son viables en el rcud.– que la exigencia de alegar de forma expresa y clara la concreta infracción legal que se denuncia consiste en expresar, como recuerda el citado [artículo 224.2 de la LRJS](#):

[...] separadamente, con la necesaria precisión y claridad, la pertinencia de cada uno de los motivos de casación, en relación con los puntos de contradicción a que se refiere el apartado a) precedente, por el orden señalado en el artículo 207, [...] razonando la pertinencia y fundamentación de cada motivo y el contenido concreto de la infracción o vulneración cometidas, haciendo mención precisa de las normas sustantivas o procesales infringidas [...].

La jurisprudencia de esta sala ha señalado con insistencia que dicha exigencia:

[...] no se cumple con solo indicar los preceptos que se consideran aplicables, sino que además, al estar en juego opciones interpretativas diversas que han dado lugar a los diferentes pronunciamientos judiciales, es requisito ineludible razonar de forma expresa y clara sobre la pertinencia y fundamentación del recurso en relación con la infracción o infracciones que son objeto de denuncia (Sentencias del TS –SSTS–, entre otras, de [4 de febrero de 2015, rec. 3207/2013](#); [20 de enero de 2016, rec. 2483/2014](#); [31 de marzo de 2016, rec. 272/2015](#); [20 de octubre de 2016, rec. 278/2015](#); o [26 de febrero de 2020, rec. 2964/2017](#)).

De no hacerlo así, el recurso será inadmitido, por cuanto es una consecuencia lógica del carácter casacional de la unificación, ya que sin tal exigencia se transferiría a la sala, en contra del principio de equilibrio procesal, el examen de oficio del ajuste de la sentencia recurrida a la legalidad. El recurso de casación, por su carácter de extraordinario, no permite su viabilidad con el simple apoyo de que la resolución impugnada perjudica a quien recurre, ni tampoco puede fundarse, exclusivamente, en la modificación de los hechos probados de la sentencia recurrida, pues tal modificación, por relevante que sea, no permite modificar el fallo de la sentencia, sin una alegación –precisa y clara– de las normas o de la jurisprudencia infringidas que posibilitarían analizar la aplicación del derecho efectuado por la sentencia recurrida y, en su caso, su casación y anulación ([STS de 3 de noviembre de 2020, rec. 42/2019](#)).

La cuestión es, ahora, desde la perspectiva que nos ocupa, la de determinar qué es «norma infringida» y qué no lo es. El TS ha resuelto que como motivo de casación se puede esgrimir tanto la infracción de normas sustantivas como procesales, y tanto constitucionales, como internacionales, internas, disposiciones reglamentarias, convenios colectivos, costumbre y principios generales del derecho. Eso sí, no es posible denunciar como infringidas:

- Las resoluciones administrativas.
- Los estatutos de un sindicato ([STS de 10 de noviembre de 2016, rec. 12/2016](#)).
- Los convenios colectivos extraestatutarios ([STS de 14 de enero de 2008, rec. 91/2006](#)).
- Los reglamentos de empresa y las circulares de empresa o las resoluciones, circulares o instrucciones de un organismo público o entidad privada (SSTS de 11 de junio de 2008, rec. 17/2008; [30 de abril de 2012, rec. 49/2011](#)).
- Las llamadas «normativas laborales» (SSTS de 27 de noviembre de 1991, rec. 547/1991; [22 de abril de 2013, rec. 1048/2012](#)).

Sentado lo anterior, ningún problema hay para que en un recurso de casación laboral se invoque como motivo la infracción de normas internacionales (STS de 23 de enero de 1991, rec. 818/1990) y comunitarias (STS de 7 de marzo de 2002, rec. 1214/2001). Pero, claro está, es preciso que dichas normas sean de aplicación directa e invocables, por tanto, entre particulares. Retornamos al punto inicial de este trabajo, en el que se habló de las disposiciones *self-executing*: ¿es la CSE una norma internacional de esas características para el TS?

Para responder a esa cuestión es preciso hacer un pormenorizado repaso de lo acontecido en el TS cuando ha tenido que tomar en consideración la CSE.

Si acudimos a los repertorios oficiales de base de datos de la jurisprudencia del TS (Cendoj), veremos que la CSE es citada muy pocas veces en las sentencias de las diversas salas. Naturalmente, por los derechos en ella reconocidos, no es fácil que la Sala Primera

(Civil) o la Segunda (Penal) o la Quinta (Militar) tengan que acudir a sus preceptos, pero sí lo podrían hacer con frecuencia tanto la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, como la Sala Cuarta, de lo Social, y particularmente esta.

Podemos señalar que, salvo error u omisión por mi parte, hasta el momento de escribir estas reflexiones, de entre todas las resoluciones contenidas en el Cendoj (que incluyen todas las del TS y Audiencia Nacional –AN– y una selección de las de los TSJ y TJUE) y entre todos los órdenes jurisdiccionales, solo 2.217 resoluciones citan la CSE en algún momento. Y, de ellas, un total de 101 son resoluciones del TS.

Tampoco es que la búsqueda sobre la [CDFUE](#) ofrezca un gran número de citas en las sentencias del TS, pero es bastante superior. Así, puede señalarse que, hasta marzo de 2021, la CDFUE se cita en un total de 636 resoluciones (autos y sentencias) del TS.

Debe tenerse muy presente que, a diferencia de los juzgados de lo social –que por así contemplarlo la ley se enfrentan a diario a demandas que carecen de fundamentación jurídica ([art. 80 LRJS](#)), lo que hace que luego el juez o la jueza tengan que ofrecer en su sentencia los preceptos de aplicación al caso, aunque la parte se hubiese limitado a probar los «hechos»–, en los recursos de casación, la LRJS somete a quien recurre, como vimos más arriba, a la carga o exigencia de la cita y fundamentación de la infracción legal mediante el correspondiente motivo de casación ([arts. 210.2 y 224.2 LRJS](#)).

Ello significa, por consiguiente, que solo si quienes recurren proceden a invocar como infringida la CSE, podría el TS entrar al análisis de esa infracción del precepto correspondiente de la Carta, y calibrar su alcance, su aplicabilidad directa, su relevancia para el caso, etc. Aun así, aunque quien recurra no invoque los preceptos de la Carta, el propio TS procede en ocasiones a su cita como recurso de apoyo en la normativa internacional para fundar la solución jurídica que con base en normativa interna está dando al caso concreto.

En la Sala Tercera, hasta marzo de 2021, la CSE se ha citado (salvo error u omisión) en 32 sentencias, la mayoría para referir los preceptos infringidos que aduce la parte recurrente en casación, y como fundamentación jurídica para analizar supuestos de legitimación de sindicatos, más en concreto, para admitir la legitimación activa de los sindicatos para recurrir disposiciones generales o actos administrativos (por todas [STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de noviembre de 2008, rec. 1503/2006](#)), o al socaire del análisis de impugnaciones de los reales decretos que fijan el salario mínimo interprofesional, pero siempre de pasada.

Por lo que se refiere a la jurisdicción social, un total de 62 resoluciones de la Sala Cuarta citan la CSE, de las que 47 son sentencias.

La primera, salvo error por mi parte, fue la [STS de 20 de febrero de 1992 \(rec. 1006/1991\)](#), en un caso de debate sobre el derecho al descanso semanal en el sector sanitario estatal,

en el que se invocaba por el recurrente (Instituto Nacional de la Seguridad Social) la existencia de contradicción de la recurrida con diversas sentencias y que, asimismo, aplicaba la CSE infringiendo lo dispuesto en el Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad Social, porque lo discutido no era lo allí consagrado.

En la mayoría de los recursos en los que se cita la CSE es, como se ha dicho, porque las partes han invocado los preceptos de la Carta como motivo de casación y cita de la norma infringida. Así, en la [STS de 26 de septiembre de 2006 \(rec. 165/2005\)](#), en la que, abordando un litigio sobre el tiempo de formación, el TS enfrenta sin ambages si la recurrida ha infringido el artículo 10.4 c) de la Carta, para inmediatamente señalar que «además no puede afirmarse que este art. 10.4 c) tenga fuerza vinculante en España», con base en que no es de los artículos que se consideran por la propia Carta como de asunción ineludible por los Estados que la han ratificado, ni el BOE que publicó el texto de la Carta recoge los artículos de la parte II en donde se incluye ese artículo como uno de los aceptados por España.

Al margen de la crítica que pueda hacerse a esas apreciaciones ([Salcedo Beltrán, 2016](#)) por algunas imprecisiones contenidas en la sentencia, lo cierto es que el TS termina concluyendo que «no es posible, en principio, afirmar que la sentencia recurrida incurre en infracción legal [...]», de donde parece deducirse que de tratarse de otro de los derechos recogidos en la Carta no habría problema para aceptar su aplicación directa, lo que además se refuerza por la apreciación que efectúa al señalar que, si se hubiese invocado y fundamentado la infracción del artículo 20.1 c) y 2 de la Carta, la respuesta pudiera haber sido otra.

Otro caso destacable es el de la [STS de 17 de diciembre de 2013 \(rec. 107/2012\)](#), en el marco de un debate sobre la fuerza vinculante de los convenios, donde se articuló por la parte recurrente un motivo de casación que invocaba la infracción del artículo 28 de la Carta, y el TS entró –aparentemente sin problemas– al análisis de tal infracción, y algo parecido en la [STS de 12 de mayo de 2015 \(rec. 153/2014\)](#).

En la [STS de 4 de noviembre de 2015 \(rec. 32/2015\)](#), en el contexto de un conflicto colectivo sobre reducción de días adicionales de vacaciones por el [Real Decreto-Ley 20/2012](#), se invocó en uno de los motivos la infracción de algunos artículos de la Carta por remisión desde el artículo 151 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#). De nuevo se vislumbra una posible aceptación de su aplicación directa.

Otras veces, se ha hecho la cita de la CSE como soporte argumentativo invocado por el propio TS, *v. gr.*, en la [STS de 28 de septiembre de 1992 \(rec. 1970/1991\)](#), en un caso de los entonces llamados «minusválidos» en centros especiales de empleo, en orden a garantizar el ejercicio efectivo a la formación profesional de estas personas. O en la [STS de 11 de mayo de 1998 \(rec. 3962/1997\)](#), en la reclamación de un subsidio por parto múltiple, o en la [STS de 26 de junio de 2003 \(rec. 124/2002\)](#), en una impugnación de convenio de Iberia en el que se discutía sobre la obligatoriedad de asistir fuera de la jornada laboral a cursos de formación y en la que el TS, entre otros argumentos, acude a la regulación de

la Carta para apoyar la lógica de su decisión. Igual ocurrió en la [STS de 2 de julio de 2015 \(rec. 1699/2014\)](#) o en la [STS de 8 de mayo de 2019 \(rec. 42/2018\)](#), o la [STS de 2 de febrero de 2021 \(rec. 43/2019\)](#), en la que se invocó el artículo 4.3 de la Carta para pedir el reconocimiento de su infracción en relación con el derecho a remuneración equitativa en el marco de una posible doble escala salarial (FJ 3.º) y el tribunal maneja el precepto entre los infrin- gidos como el [28 del Estatuto de los Trabajadores](#) o el [14 de la CE](#), o, finalmente y por no cansar, en el [Auto del TS \(ATS\) de 16 de octubre de 2019 \(rec. 2022/2018\)](#), en el que el TS rechaza un incidente de nulidad de actuaciones planteado contra una sentencia de la sala, haciendo repaso de la normativa internacional en relación con el derecho a la integridad física, a la no discriminación y a la tutela judicial, y reseñando expresamente que:

La Carta Social Europea también se refiere en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica. En el apartado 4 de dicho artículo 13 se indica el compromiso de las partes de aplicar este derecho en condiciones de igualdad con sus naciona- les a los de las restantes partes contratantes «que se encuentren legalmente en su territorio». A su vez, el anexo a la Carta Social fija su ámbito de aplicación, in- dicando que los artículos 1 a 17 solo comprenden a extranjeros de otras partes contratantes que «residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada».

El hecho de que un informe o decisión del CEDS pueda ser invocado como infracción jurídica de relevancia en un recurso de casación, en conexión con los derechos fundamen- tales comprometidos, no parece que tenga obstáculos insalvables.

Como soporte de ello, *mutatis mutandis*, podemos citar la [STS, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 17 de julio de 2018 \(rec. 1002/2017\)](#), en la que se estimó un recurso de ca- sación en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en un muy doloroso caso en que una madre, que había perdido a su hijo menor al ser asesinado por su padre y expareja de aquella durante una visita, solicitó y le fue denegada judicialmente la declaración de funcionamiento anormal de la Administra- ción y el derecho a una reparación económica. Se daba la circunstancia de que, tras la ne- gativa judicial, la madre había obtenido del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW) un informe que condenaba al Estado español por incumplimiento de las obligaciones de los artículos 2 a), b), c), d) y f), 5 a) y 16, párrafo 1 d), de la [Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer](#), hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983 (la Convención), y su [Protocolo facultativo, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999](#) y ra- tificado por España mediante [Instrumento](#) de 14 de marzo de 2000 (el Protocolo facultativo).

En este caso, la Sala Tercera identifica el interés casacional en los siguientes términos:

- Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimien- to de los dictámenes del Comité de la CEDAW, emitidos en los términos y por el

procedimiento previsto en el Protocolo facultativo de la Convención –ratificado por España–, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.

- O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión –por los cauces correspondientes– de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

La solución que da la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS es, de un lado, que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, pero, de otro, que, no obstante esa afirmación:

[...] dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

Puede desprenderse de ello que, al menos desde la perspectiva del «interés casacional» como criterio de admisión del recurso de casación contencioso-administrativo, la existencia del informe de ese Comité fue dato relevante para fundamentar aquel, y su contenido sirvió como sustento de la infracción jurídica cometida y fundamento del motivo de casación, hasta el punto de despejar el obstáculo de la cosa juzgada respecto de las sentencias ya dictadas y firmes rechazando la pretensión de funcionamiento anormal de la Administración.

La conclusión es que, aun no siendo una respuesta clara la que se puede obtener de los diferentes pronunciamientos del tribunal, no parece que al TS le resulte inviable en absoluto la invocación de un precepto de la CSE de los incluidos en la parte II como cita de precepto infringido para fundar un recurso de casación, y, en particular, de casación laboral, siempre que además de su cita, y como sucede con las demás normas, se fundamente dicha infracción, esto es, se explicita en qué consiste esa infracción.

5.2. El requisito de la fundamentación de la infracción de «jurisprudencia»

Un recurso de casación, ya ordinaria, ya unificadora, puede venir fundamentado también en motivo que defienda la infracción de «jurisprudencia». Tradicionalmente, este motivo –que está articulado, como el de la infracción normativa, por el conducto del [art. 207, letra e\), de la LRJS](#)– ha sido concebido como una vía más para conseguir la satisfacción de la función nomofiláctica del recurso de casación (el cuidado y conservación del ordenamiento jurídico), y es preciso que se cite con claridad la jurisprudencia infringida, y que se trate, efectivamente, de «jurisprudencia» en su concepto tradicional de doctrina reiterada de la Sala Cuarta del TS (ni siquiera de otras salas de este tribunal), de tal suerte que no se admite la invocación de la doctrina contenida en sentencias de juzgados de lo social, o de los TSJ o de la AN.

Solo se puede admitir entonces la construcción de un motivo de casación que invoque la infracción de la doctrina reiterada contenida en dos o más sentencias de la Sala Cuarta del TS (y, excepcionalmente, desde la reflexión en Pleno no jurisdiccional y los Autos –AATS–, entre otros, de [13 de octubre de 2020, rec. 1478/2019](#), y [29 de mayo de 2020, rec. 2070/2019](#), en una sentencia del Pleno)⁵.

Pero, según expuse más arriba, las serias dificultades para calificar con rotundidad las decisiones del CEDS como «jurisprudencia» harían inviable un motivo de casación que invocase infracción de la doctrina de este Comité sentada en cualquiera de sus informes o decisiones.

Sí sería admisible un motivo de casación que invocase la infracción de jurisprudencia del TC, TJUE o TEDH, aunque no respondan a ese concepto estricto de jurisprudencia al que aludíamos, y ello, esencialmente, porque, de un lado, la doctrina del TC y del TJUE está contenida en las sentencias de esos tribunales y, de otro lado, y en particular respecto del rcud., el propio [artículo 219 de la LRJS](#) hace mención en su apartado 2 a la invocación como doctrina de contraste de la contenida en las sentencias del TC, TJUE y TEDH. Abordemos ahora esa nueva encrucijada.

⁵ Téngase presente que, tras esos autos de inadmisión, la doctrina de la sala al respecto de la inadmisión por falta de contenido casacional quedó configurada por la conclusión de que concurre tal causa de inadmisión cuando la doctrina de la recurrida es acorde a la jurisprudencia de la sala o a la doctrina fijada por esta en sentencia de Pleno, de tal suerte que, si se puede inadmitir por estar la cuestión resuelta en mismo sentido por una sola sentencia al ser de Pleno, quizá esta misma sentencia por sí sola podría ser conceptualizada como equivalente a «jurisprudencia» en orden a fundar un motivo de casación laboral.

5.3. Idoneidad o no de una decisión de fondo del CEDS como doctrina de «contraste»

Como es sabido, el [artículo 219.2 de la LRJS](#) establece que:

Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario.

Así pues, tradicionalmente se ha venido señalando, y yo mismo he sostenido por escrito al poco de publicarse la LRJS, que solo pueden considerarse idóneas las sentencias dictadas por el TC, el TEDH y el TJUE. En este sentido, afirmé que debía entenderse que solo son válidas a efectos de contradicción las sentencias (no otras resoluciones) de esos tribunales, debiendo rechazarse cualesquiera otras resoluciones que no procedan de los órganos dotados de jurisdicción ya mencionados (así, por ejemplo, no serían admisibles las resoluciones del Tribunal Internacional de Arbitraje, OIT, Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, Comité de Libertad Sindical, etc.).

Podría parecer que estas afirmaciones son muy estrictas y limitan gravemente el acceso a la casación unificadora, pero lo cierto es que no son más que el fruto de una lectura sosegada del precepto legal, apoyada en la lógica y en las propias características del rcud.

De los preceptos de aplicación ([art. 219.1 y 2 LRJS](#)) se desprende que, desde luego, las «resoluciones» que pueden traerse a un rcud. como «contraste» con la recurrida deben tener inexcusablemente la forma de sentencia. Y no otra cosa se extrae de los preceptos reguladores del rcud., en los que de forma constante se hace referencia en todo momento a «sentencia» de contraste. Baste para ello también recordar que el proyecto de la Ley de bases de procedimiento laboral, en su redacción inicial, recogía la expresión «resoluciones» y se sustituyó, mediante enmienda del Grupo Socialista en el Senado, por la de «sentencias», de tal suerte que la conclusión es que no puede invocarse de contradicción ni un auto, ni una providencia, ni un decreto del/de la letrado de la Administración de Justicia, ni una decisión, recomendación, informe o cualquier otra resolución administrativa o no estrictamente jurisdiccional ([Agut García, 2020, p. 132](#)).

Comprenderá quien esté leyendo estas páginas lo difícil que resulta aceptar la condición de «sentencia de contraste» de un informe o decisión del CEDS sin desmontar toda la arquitectura de un exitoso recurso que lleva unificando doctrina en el orden social de la jurisdicción durante más de 30 años.

Cierto es que en el [artículo 219 de la LRJS](#), como acabamos de ver, se cita al TJUE, pero no al TEDH, al que se hace mención de forma indirecta, al referirse a las «sentencias» dictadas por «los órganos jurisdiccionales instituidos en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España». Y ello podría hacer pensar que en ese espacio cabría el CEDS. Pero se convendrá, según lo expuesto antes, que el CEDS ni es un órgano jurisdiccional, ni dicta «sentencias», que es lo que pide el precepto.

Debe repararse en que el análisis de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste en el caso de las sentencias de contraste del TJUE o del TEDH (y del TC) es particular y diferente a los demás casos, porque lógicamente no puede exigirse un análisis comparativo igual que en los casos ordinarios (identidad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones), ya que la «pretensión» en esos tribunales (planteamiento de cuestión prejudicial pidiendo una interpretación o demanda contra el Estado solicitando el reconocimiento de una lesión de un derecho fundamental y una indemnización) es siempre otra y distinta de la sostenida en la sentencia recurrida, lo que ha llevado al TS a afirmar que, en estos casos, el estudio de la contradicción no es que se relaje, sino que ha de ponerse el foco en los datos fácticos que soportan la vulneración del derecho de la Unión o del derecho fundamental, y es que, no puede olvidarse, en caso de darse esa contradicción, al TS no le queda otra que adoptar y aplicar la doctrina del TJUE o del TEDH o del TC, y, declarando la inadecuación a ella de la resolución recurrida, proceder a revocarla.

En palabras del propio TS:

La contradicción con sentencias de los tribunales «mayores» [...] supone que, salvando las peculiaridades de los procedimientos en que las sentencias comparadas se dicten, el análisis de las identidades debe mantenerse también en estos casos, por más que adecuado a las características del recurso de amparo en el que se produce la sentencia de contraste. En este sentido no es suficiente con que el derecho fundamental –y por ende el precepto constitucional– invocado sea el mismo, sino que se hace precisa una más minuciosa coincidencia en el sustrato fáctico del que parte para lograr su protección, de acuerdo con la STS de 14/11/2014 [rec. 1839/2013] ([STS de 5 de julio de 2018](#), [rec. 2274/2016](#)).

Por ello no puede compartirse la afirmación de que no se justifique en modo alguno que la jurisprudencia del CEDS no pueda alegarse como doctrina de contradicción de conformidad con el [apartado 2 de dicho artículo 219](#), pues acabamos de ver la complejidad de su encaje en el precepto. Es también por ello que la jurisprudencia de la Sala Cuarta sigue

exigiendo, en estos casos de contradicción con las sentencias del TJUE, TEDH y TC, el requisito de la relación precisa y circunstanciada (art. 224.1 a) LRJS), es decir, la exposición al tribunal de la comparación necesaria y suficiente de hechos y fundamentos de las sentencias que se contradicen, concretando el alcance de la controversia y explicitando cómo, para hechos esencialmente iguales, se han proporcionado respuestas dispares.

Esta comparación sería imposible con un informe emitido por el CEDS en una materia genérica, sin vinculación a un caso concreto, por ello y en consecuencia sin posibilidad de efectuar una exposición razonada por la parte recurrente de cómo se han resuelto en sentido contrario dos casos sustancialmente iguales. Esa imposibilidad de comparación entre una respuesta genérica del CEDS a un planteamiento global y la concreta solución dada por una sentencia interna hace inviable un recurso de unificación de doctrina, porque, no se olvide, aunque el objetivo primordial del rcud. sea la unificación de doctrinas discrepantes, ello siempre va unido a la resolución de un caso concreto (*ius litigatoris*), de tal suerte que es muy frecuente que no se aprecie contradicción entre la sentencia recurrida y una del TC o del TJUE o del TEDH, porque las circunstancias fácticas en que se produjo la teórica violación de un derecho fundamental en la recurrida no eran coincidentes con las que concurrían en el caso de estos otros tribunales «mayores», de tal suerte que la doctrina contemplada en sus sentencias no podía ser extensible a ese caso concreto de la sentencia recurrida, en lo que es un ejercicio por la Sala Cuarta de detección del «dato fáctico relevante diferencial», que, en caso de darse, justifica que las respuestas, aunque distintas, sean, pese a todo, compatibles.

No obstante lo anterior, puede imaginarse un supuesto genérico planteado ante el CEDS (del estilo de si un periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores en la legislación española vulnera o no los preceptos de la Carta) cuyo soporte fáctico por más que genérico y limitado a la comparación de la regulación entre la norma interna y la de la CSE no precise de otros elementos de hecho y coincida esencialmente con lo acontecido en una sentencia interna. En tal caso, el problema surge de la dificultad –ya expuesta– para considerar «sentencias» las decisiones del CEDS, y lo mismo ocurre cuando se trata de decisiones adoptadas en solución de reclamaciones colectivas, por más que estas se aproximen en su estructura y características a una «sentencia» y ahora que el Estado español ha ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas. Quizá sea el momento de replantearse esa cuestión, aunque desde la perspectiva del propio TS no sea en absoluto sencillo –por la sujeción a su doctrina y a la propia dicción literal de la norma– encontrar salida a esa encrucijada. Y desde luego no podría venir a través de un acuerdo de Pleno de la sala, por más que se haya señalado en algún caso (Jimena Quesada, 2016, p. 19), básicamente porque, aparte de que todo parece apuntar a la necesidad de un cambio legislativo para eso, los acuerdos de Pleno no jurisdiccionales, según la doctrina administrativista más autorizada y la propia regulación legal (art. 264.3 LOPJ), no son vinculantes, lo que no impediría que las distintas secciones de sala sostuvieran justificadamente su propia comprensión del problema debatido.

La conclusión, consistente en no aceptar como «resolución» de contraste los informes y decisiones del CEDS, desemboca en autos de inadmisión del TS, que es lo que ocurrió con los AATS de [4 de noviembre de 2015 \(rec. 926/2015\)](#), [7 de febrero de 2017 \(rec. 1942/2016\)](#), [21 de diciembre de 2017 \(rec. 1119/2017\)](#), [7 de mayo de 2019 \(rec. 3085/2018\)](#), y otros 8 autos más, dictados al tiempo de redactar este trabajo (AATS de los recs. [765/2018](#), [101/2017](#), [759/2017](#), [1559/2017](#), [575/2017](#), [1887/2016](#), [1883/2016](#), [1983/2016](#)).

El primero de ellos, el [ATS de inadmisión del recurso 926/2015](#), muy criticado por algunos/as especialistas en la CSE ([Jimena Quesada, 2016, pp. 10 y ss.](#)), con base en la aparentemente despectiva consideración hacia esta invocación de las decisiones del CEDS, rechazó el motivo que se amparaba en la infracción de lo resuelto por el CEDS al respecto del periodo de prueba excesivo contemplado en la normativa interna respecto del contrato de apoyo a emprendedores, con base en el argumento de que las resoluciones del CEDS no son de las contempladas en el precepto. Lo cierto es que basta leer el auto para comprender que ninguna apreciación despectiva contenía: cuando el auto que comentamos se refiere a la doctrina de contraste se dice que:

[...] la parte recurrente invoca de contraste lo que identifica como «decisión sobre el fondo, de fecha 23/05/2012 (reclamación núm. 65/2011), dictada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en su calidad de órgano jurisdiccional de interpretación instituido por la Carta Social Europea de 18/10/1961».

Es fácil comprender que no se pone en duda la existencia de la decisión del CEDS –que obra en la base de datos oficial [HUDOC](#)–, sino que lo que se describe, entrecomillándolo, es la forma en que se define el motivo por la propia parte recurrente, invocando la condición de «órgano jurisdiccional», lo que, desde luego, no encaja con lo que hemos visto hasta ahora, ni con la regulación legal del rcud. Y por ello se concluye que no es una de las resoluciones contempladas en el artículo 219 de la LRJS.

En el segundo de ellos ([rec. 1942/2016](#)), literalmente se expone que:

Invoca la parte recurrente de contraste la decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 7 de diciembre de 2012 (reclamación 76/2012, Federación de pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia), que no es idónea a los efectos del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que la contradicción ha de establecerse con las sentencias que menciona el artículo 219, apartados 1 y 2, de la Ley reguladora de la jurisdicción social, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos aquellas otras resoluciones que no están relacionadas en la norma citada [Sentencias de 16 de junio de 1993 (R. 121/1991), 17 de enero de 1997 (R. 2664/1996) y 21 de julio de 2000 (R. 4295/2009), y Autos de 25 de septiembre de 2001 (R. 108/2001), 22 de febrero de 2001 (R. 685/2000), 5 de febrero de 2002 (R. 2832/2001), 16 de julio de 2004 (R. 4234/2003), 15 de noviembre de 2004 (R. 32/2004), 20 de julio de 2006 (R. 4022/2005), 25 de abril de 2007 (R. 3458/2005), entre otros muchos].

El resto de los autos se refieren al mismo supuesto (revalorización de pensiones) en los que se invocaba como doctrina de contraste la decisión del CEDS de 7 de diciembre de 2012 (reclamación 76/2012, Federación de pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia), concluyendo que esas decisiones no son de las resoluciones que contempla el precepto de la LRJS.

Es preciso resaltar en este punto que no existe una especial resistencia por la sala a la aceptación de otro tipo de resoluciones, siempre que la apertura esté motivada suficientemente y encaje con la dogmática del recurso de unificación. Prueba de ello es lo que ha ocurrido recientemente con los autos del TJUE.

A la sala llegó un recurso en el que se invocaba como «sentencia de contraste» un auto del TJUE.

Sin embargo, y de forma contundente, en [Auto de inadmisión \(por falta de contradicción\) de 13 de octubre de 2020 \(rec. 3002/2019\)](#), se resolvió, sin objeción alguna, la aceptación de esos autos del TJUE como resoluciones de contraste.

¿Cómo fue ello posible? ¿Qué razones llevaron al TS a aceptar ese tipo de resoluciones como «sentencias de contraste»? ¿No podría hacerse lo mismo con las decisiones del CEDS?

El auto que comentamos no las expone, y lo da por bueno sin argumentación alguna. Pero detrás hay una sosegada reflexión sobre el problema, reflexión que elaboré desde el Gabinete Técnico para la sala, que esta asumió y dio por buena, y que tiene sus líneas directrices, resumidamente, en los siguientes argumentos:

- El vigente [Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia](#) en su artículo 99 (versión consolidada del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012) establece lo siguiente:

Quando una cuestión prejudicial sea idéntica a otra sobre la que el tribunal ya haya resuelto, cuando la respuesta a tal cuestión pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a la cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el tribunal podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del juez ponente y tras oír al abogado general, resolver mediante auto motivado.

La razón de tal posibilidad, según el considerando sexto de ese reglamento, a modo de exposición de motivos, radica en la necesidad de «preservar la capacidad del Tribunal de Justicia de resolver en un plazo razonable los asuntos que le son sometidos, pese al número cada vez mayor de estos».

- El TS afirmó ya hace tiempo (AATS, recs. [4454/2000](#) y [1109/2001](#)) que, si la resolución susceptible de recurso unificador del TSJ debió revestir la forma de auto, y se le dio forma de sentencia, no cabría interponer recurso unificador contra ella,

- pero, del mismo modo, de esa doctrina debe deducirse inevitablemente que, si tenía forma de auto, pero en realidad debió dársele forma de sentencia, sí cabría interponer el recurso unificador. Esta conclusión responde a una exigencia de lógica casi poética: la resolución dictada sería recurrible en unificación de doctrina, porque, aunque tenía «cuerpo» de auto, sin embargo, su «alma» era de sentencia.
- Podría pensarse que con las resoluciones de contraste habría de pasar lo mismo, y aplicarse esa «lógica poética» a aquellas: si la forma o el ropaje es de auto, pero su alma es de sentencia (bien porque se trata de un error del TSJ, bien porque la normativa correspondiente admite resolver cuestiones de fondo mediante auto, como en el caso del TJUE), quizá debieran ser admitidas como resoluciones de contraste.
 - Ciertamente es que el [artículo 219.2 de la LRJS](#) en su último párrafo habla claramente de «sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario», pero también ese mismo [artículo 219](#) en su número 1 establece que son recurribles solo las sentencias dictadas resolviendo recursos de suplicación por los TSJ, y de la doctrina de la sala parece ineludible que se podrían admitir los rcd. contra los autos que, por error del tribunal al darles forma, en realidad debían haber tenido el aspecto externo de una sentencia.
 - Debe tenerse presente que, como señala esa exposición de motivos del Reglamento de procedimiento vigente de 2012, el Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia ha ido sufriendo diversas modificaciones a lo largo de los años, desde la fecha de su adopción inicial, el 4 de marzo de 1953. El Reglamento de 19 de junio de 1991 se mantuvo en vigor hasta el actual de 2012, que procedió en su artículo 209 a derogarlo. En su redacción original de 1991, en su artículo 104, estaba ya prevista la posibilidad de resolver cuestiones prejudiciales mediante auto, y, sin embargo, la LRJS, en vigor desde diciembre de 2011, no tuvo en cuenta esa posibilidad, y señaló solo como resolución de contraste en su [artículo 219.2 in fine](#) las «sentencias» del TJUE. ¿Es ello síntoma de que el legislador español no quiso en ningún caso tomar en cuenta esos autos, o se trató simplemente de una imprecisión o despiste? Probablemente se tratase de esto último.
 - Los autos del artículo 99 del [Reglamento del TJUE](#) están contemplados como una de las posibles y casi discrecional forma de las resoluciones de fondo resolviendo la cuestión prejudicial, abordando la esencia de la cuestión prejudicial planteada y ofreciendo la solución interpretativa correspondiente, incluso en casos no necesariamente repetitivos, sino que, a juicio del tribunal, basta con que el asunto no le plantee dudas al TJUE (sirva como ejemplo el [Auto del TJUE de fecha 15 de octubre de 2019, asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18, Agencia Estatal de la Administración Tributaria](#), que abordó el abono de la antigüedad de las personas trabajadoras fijas discontinuas).
 - Si la fórmula de dictar autos por el Tribunal de Justicia resolviendo cuestiones prejudiciales se generaliza, podríamos pensar, llevándolo al extremo, que la modalidad de casación unificadora del [artículo 219.2 de la LRJS](#) con sentencias del

TJUE estaría abocada a su extinción futura, al no poder traer de contraste esas resoluciones por no haber apenas sentencias resolviendo tales cuestiones prejudiciales, dado que la inmensa mayoría de las resoluciones del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales vendrían con forma de auto.

- En definitiva, y a modo de conclusión, se proponía a la sala que quizá habría que plantearse la posibilidad de abrir el abanico de resoluciones contradictorias para incluir los autos del Tribunal de Justicia que se dictan al amparo del artículo 99 del [Reglamento de funcionamiento](#), pues no habría obstáculos legales que parezcan insalvables caso de aceptar tal posibilidad, siendo una solución que responde a una lógica interna del recurso y a una razón también finalista: de generalizarse la fórmula de resolver cuestiones prejudiciales por auto, disminuyendo el de las sentencias, muy pocas de las resoluciones del TJUE servirían en orden a fundar un recurso unificador ante el TS. De cualquier modo, y tratándose de una solución no prevista en nuestra ley procesal, estaría precisada –en todo caso– de la suficiente justificación por parte de quien recurre que invoca un auto del TJUE en su escrito de interposición como «resolución» de contraste.

No parece que estas reflexiones pudieran servir para aceptar las decisiones del CEDS como resoluciones de contraste: la falta de una clara condición «jurisdiccional» de ese Comité, la propia denominación de sus resoluciones, que impide concebirlas y encajarlas en el precepto legal del rcud. como autos o como sentencias –ni siquiera las decisiones derivadas de las reclamaciones colectivas–, la referencia de esas decisiones e informes a un supuesto genérico, no a un debate concreto, que permitiera efectuar una comparación en el rcud. entre los hechos que dieron lugar a la resolución recurrida y lo resuelto por el CEDS para tener la certeza de que las decisiones son en verdad contradictorias con base en hechos sustancialmente iguales, y la posibilidad de acudir directamente al CEDS en las reclamaciones colectivas, sin tener que haber agotado la vía judicial interna, lo que dificulta sobremanera concebir la intervención del CEDS como la culminación en el terreno internacional de un conflicto jurídico de origen nacional sobre los derechos sociales fundamentales, todo ello impide que por la simple vía interpretativa y jurisprudencial se pueda alcanzar ese objetivo, resultando a mi juicio indispensable una modificación legal que conceda ese margen que ahora no existe.

Como dije al principio de estas líneas, es patente que la relación de la jurisdicción social con la CSE no es fácil, está plagada de reproches y obstáculos legales. Es una relación tormentosa, y en mi opinión, y como conclusión de todo lo expuesto, está necesitada de una reforma legal que la facilite, consolide y haga duradera, despojándola de análisis apasionados que cargan las tintas sobre una de las partes, si en verdad se quiere que se convierta en una relación estable y normalizada. Como dijo un afamado escritor uruguayo, es casi ley que los «amores eternos» son siempre los más breves. Y parafraseando al bardo inmortal con quien comencé este trabajo, los deleites violentos y apasionados tienen fines violentos y mueren en su triunfo, como el fuego y la pólvora, que se consumen al besarse.