

# VI. La protección de los trabajadores frente a los despidos y su tutela ante situaciones de insolvencia empresarial. A propósito de los artículos 24, 25 y 29 de la Carta

NOEMÍ SERRANO ARGÜELLO

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

**SUMARIO:** 1. Derechos de los trabajadores protegidos como nuevos derechos en los artículos 24, 25 y 29 Carta Social Europea revisada 2. Derecho a la protección en caso de despido individual (art. 24 CSER) 2.1. Consideraciones generales 2.2. La protección frente al despido injustificado y sin causa y su interpretación por el CEDS 3. Todos los trabajadores tienen derecho a la tutela de sus créditos laborales en caso de insolvencia del empleador (art. 25 CSER) 3.1. Consideraciones generales 3.2. La protección frente a insolvencias empresariales y la interpretación del CEDS 4. Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29 CSER) 4.1. Consideraciones generales 4.2. Las obligaciones empresariales de información y consulta previas a la efectividad de los despidos colectivos y su interpretación por el CEDS.

## 1. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES PROTEGIDOS COMO NUEVOS DERECHOS EN LOS ARTÍCULOS 24, 25 Y 29 CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

La revisión de la Carta de 3 de mayo de 1996 supuso la inclusión de nuevos derechos de contenido laboral, entre ellos todos los que abordamos en este capítulo (se añadieron precisamente a partir del art. 24 al 31 CSER).

La reciente ratificación en el verano de 2021 por parte de España convierte este texto en Tratado internacional de obligado cumplimiento<sup>1</sup>, en consonancia con el art. 10.2 de la CE, lo que supone un cambio profundo en la proyección que hasta la fecha han tenido estos derechos en la redacción otorgada por la Carta revisada. No cabe duda que los derechos que

<sup>1</sup> BOE de 11 junio de 2021, con vigencia desde 1 de julio de ese año. España la firmó la Carta Social Europea el 23 de octubre de 2000, pero se pospuso su ratificación hasta el 29 de abril de 2021. La CSER y el Protocolo Adicional del sistema de reclamaciones colectivas (BOE de 8 de junio de 2021) entraron en vigor en la misma fecha.

examinamos no sólo servirán al legislador, sino que serán invocados ante los juzgados y Tribunales nacionales para lograr una interpretación conforme a ellos<sup>2</sup>, mejorando su construcción social.

Sin embargo, respecto a la recepción de la así llamada ‘jurisprudencia menor’ del Comité europeo de Derechos Sociales, su incorporación será lenta, acaba de comenzar su andadura a partir de 2021.

Una posición que entorpece el valor jurídico a la doctrina emanada del CEDS, en particular de sus Decisiones, pero que no únicamente de ellas, se ha mantenido no sólo en España sino también en otros países europeos respecto de propia la Carta<sup>3</sup>. Los criterios que elabora el CEDS tienen el valor de interpretación de la Carta Social Europea aunque sea como jurisprudencia menor en las Decisiones adoptadas al resolver las reclamaciones colectivas. En las dos últimas décadas la jurisprudencia del CEDS ha tenido que enfrentarse a

<sup>2</sup> De los artículos que se estudian el art. 24 CSER ya lo viene siendo en los últimos años para determinadas materias vinculadas con el despido y su calificación e indemnización valorando si es realmente disuasoria, aunque aún no se cuenta con una doctrina judicial extensa. Si se ha entrado en el debate en la STSJ de Cataluña de 30/01/2023, rec. 6219/22, si bien por otros TSJ se deniega una mayor indemnización o que sólo sea posible la reincorporación, sirvan de ejemplo las recientes SSTSJ de Madrid de 23/03/2023, rec. 44/2023, o de Extremadura de 31/07/2023, rec. 348/2023. Recientemente las SSTS de 28 de marzo y 11 de mayo de 2022, se han pronunciado sobre la cuestión del periodo de prueba en el derogado contrato de apoyo a los emprendedores y analizó si la CSE exige la comunicación del desistimiento empresarial con un preaviso —de 15 días—, acomete el examen de la versión vigente en el momento de enjuiciamiento, ante la ausencia de periodo de preaviso, no obstante el TS realiza una interpretación que denomina integradora de la norma internacional y concluye: que la CSE es parte del ordenamiento (art. 96 CE) y ha de interpretarse en concordancia con las restantes normas, no de forma aislada, de manera que por un lado reitera su doctrina sobre la especial función del periodo de prueba en ese contrato derogado que sí permite desistir al empresario libremente pero por otro lado, en analogía con la regulación del despido objetivo y con la exigencia de la propia CSE art. 4.4, considera exigible el preaviso de 15 días que contempla el art. 53.1 c) ET —lo que permite en el caso enjuiciado estimar el recurso y reconocer el derecho al percibo del importe de 15 días de salario por la omisión del plazo de preaviso—, al tiempo que para llegar a esa solución aplica otras reglas del derecho interno como la buena fe contractual o la ajeneidad de la relación laboral. Aunque sorprende que la citada sentencia no invoque el principio nº 7 del Pilar europeo de Derechos Sociales que precisamente recoge “que, antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de las causas de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso”.

<sup>3</sup> Hasta el punto de que la Sala Social de la Corte de Casación francesa no ha reconocido efectos directos en la función judicial a la Carta, pero sí a algunos como el art. 24 dedicado a la protección en caso de despido (Cass soc 12 de enero de 2011, nº 09-41904), según cita SARMENTO BARRA J, AUBRIERE M. “Le Charte Sociales européenne et son application par les jurisdictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole”, Lex Social nº 1/2015, p. 168.

sucesivas reformas flexibilizadoras de los ordenamientos laborales internos de los Estados parte y las respuestas ofrecidas vienen a mantener los derechos reconocidos en la CSE en el contexto actual, aplicando las garantías y protección que la Carta contiene en un mundo de relaciones laborales en permanente transformación y cambios, los de hoy impulsados por la digitalización del trabajo o el creciente trabajo en plataformas pero también la perenne y reiterada precarización de las relaciones laborales o la minoración de algunas garantías ante una nueva (re)confección de la relación laboral y de sus fuentes —nacionales e internacionales—.

El análisis de la interpretación realizada por el CEDS permite aproximarse a la comprensión del intérprete —auténtico— de la Carta, conocer con mayor precisión la delimitación de su contenido, pero es cierto y hay que reconocer que, por las especiales reglas de conformación del órgano —no siendo un tribunal de corte internacional y emitiendo Decisiones o Conclusiones sobre las legislaciones de los Estados parte o sobre la evaluación de los preceptos de la Carta— presentará dificultades en la interpretación judicial del texto. Por ejemplo, respecto del periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores, hubo una respuesta del CEDS: el periodo de prueba de un año era excesivo y así también lo entendieron algunas resoluciones de Juzgados de lo Social en España, sin embargo, no fue acogida ni por el TC (STC 8/2015), ni por el TS (reciente sentencia de 28 de marzo de 2022, seguida de otras<sup>4</sup>). En este sentido las primeras aportaciones de los Tribunales españoles negaron carácter vinculante a las conclusiones del CEDS para los órganos judiciales<sup>5</sup>. Esto sucedía antes de la ratificación española de la Carta revisada.

No puede darse la misma respuesta en las obligaciones asumidas por los Estados parte, ni tampoco de los compromisos por ellos adquiridos —con su ratificación a partir de julio de 2021— y por eso el legislador se obliga a la necesaria modificación de sus legislaciones laborales (cuando así fuera necesario) para adaptarse al texto de la CSE y a su contenido, también de

<sup>4</sup> STS de 11 de mayo 2022.

<sup>5</sup> Así la STSJ de Cataluña de 1 de marzo de 2016 (rec. 6039/2015). En el caso que indicamos con apoyo en la constitucionalidad de la modalidad contractual del contrato de apoyo para emprendedores de la STC 8/2015. Hay que indicar, no obstante, que el Informe emitido por la Secretaría de Estado de justicia de 17 de diciembre de 2020 afirma sobre la CSE que es jurídicamente vinculante y las decisiones del comité de expertos de obligado cumplimiento, así lo recogen, JUIMENA 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 vol. 12, n 1, p. 618; autores que opinan y sostienen ese mismo parecer.

su versión revisada, en los términos de la interpretación auténtica del Comité europeo de Derechos Sociales. Por otro lado, las Conclusiones anuales del citado CEDS respecto de cada Estado demandarán o bien cambios normativos y adaptaciones de la norma laboral nacional al contenido de los derechos reconocidos en la Carta en el sentido que el CEDS apunta o bien, las más veces, aplicar los criterios interpretativos para las normas internas acomodados a la Carta<sup>6</sup>. Las consideraciones dadas por el Comité a otros Estados también son ya hoy relevantes para la regulación española (en particular lo serán más en los primeros años de andadura de nuestra tardía ratificación en 2021 a la versión revisada de 1996). La Carta es un instrumento de garantía de los derechos laborales.

No obstante, no se debería realizar el estudio desde la CSE de una manera aislada en el contexto de las normas laborales internacionales. Como se muestra en el examen de los tres artículos que analizamos otras normas subyacen en la redacción de los preceptos, en algunos casos por el mimetismo que presentan entre las redacciones del Convenio OIT de referencia y la CSER. Pero además, porque su relevancia aumentada se presenta en tanto en cuanto en la Unión europea los Derechos de la Carta DFUE se introducen, precisamente, siguiendo derechos contenidos en la CSE y la CSER (así se reconocía primero en Declaración núm. 12 aneja a la *non nata* Constitución europea<sup>7</sup> y hoy en el propio Texto del TFUE, en particular en el Título X referido a la Política social<sup>8</sup>, art. 151 TFUE "...teniendo presentes

<sup>6</sup> Así se tiene en cuenta en las SSTS de 28 de marzo de 2022, rcud.471/2020 y de 11 de mayo de 2022 el parecer del CEDS sobre el cumplimiento del art. 4 CSE por España en relación al derogado contrato de apoyo a los emprendedores, en sus conclusiones de 2014 (XX-3) por la ausencia de preaviso para extinguir el contrato durante el dilatado periodo de prueba que contemplaba la citada modalidad contractual, al menos se cita.

<sup>7</sup> Como lo reflejaba JIMENA QUESADA L. (2007), La jurisprudencia del Comité europeo de Derechos Sociales, Valencia, *Tirant Lo Blanch*, p. 41, en su nota a pie nº 43 al recordar que hasta siete derechos fundamentales de la Carta de la Unión se inspiran en otros tantos de la Carta Social Europea revisada de 1996: el artículo II-83 sobre igualdad entre mujeres y hombres (se inspira en el artículo 20 de la Carta Social europea revisada), el artículo II-85 sobre derechos de las personas mayores (art. 23 de la Carta Social revisada), el artículo II-87 sobre derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 21), el artículo II-90 sobre protección en caso de despido injustificado (en el artículo 24), el artículo II-91) sobre condiciones de trabajo justas y equitativas (en el art. 26), el artículo II-93 sobre vida familiar y vida profesional (art. 27), y el artículo II-94 sobre seguridad social y ayuda social (en los arts. 30 y 31).

<sup>8</sup> Sobre la Carta de los Derechos fundamentales de la UE y su interpretación, por todos, ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. (2004): "Los derechos sociales en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en L. JIMENA QUESADA Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales, Valencia, *Tirant lo Blanch*,

derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961"). La CSE y la CSER es sustento de los derechos sociales de la Unión europea —tanto los contenidos laborales del Derecho primario —TFUE, en particular en sus títulos IX a XI referidos al empleo, política social y Fondo Social Europeo— como también la regulación de las numerosas Directivas sociales europeas—, y éstos (para la Instituciones y EEMM de la Unión) han de interpretarse de acuerdo con aquélla. Lo que despliega una singular relevancia para los tres derechos que abordamos en este capítulo ya que cuentan con una nutrida regulación en la Unión europea (en particular los arts. 25 y 29 CSE, no así el art. 24 que, por el momento, no cuenta con una Directiva específica en el acervo comunitario pero ello no debe conducirnos a error porque diferentes y numerosas Directivas europeas sí se refieren en su articulado a aspectos relacionados con el despido y a la especial protección del trabajador en ese momento crítico de ruptura de la relación laboral<sup>9</sup>, tanto en cuestiones sustantivas como de carga de la prueba).

También la CSE y la versión de la CSER por sí misma es parte del ordenamiento jurídico español por mandato del art. 96 CE y del art. 30.1 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales<sup>10</sup>. En la aplicación de la norma laboral internacional hay que realizar el complejo encaje de bolillos para cuadrar las piezas de las distintas normas ratificadas por España, respetando todas ellas y sin que entren en confrontación —emanadas de distintos organismos especializados en temas socio-laborales: OIT, UE, Consejo de Europa—. Por otro lado, la aplicabilidad directa de la norma internacional que predica el mencionado art. 30.1 de la Ley 25/2014 encuentra un matiz de aplicabilidad —a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes— y respecto de la propia Carta Social Europea ya anuncia y anticipa el TS que su contenido (el de la Carta) es muy heterogéneo, afirmando incluso que “no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad

---

2004, pp. 63 y ss.; y GARCÍA PECHUÁN M. y otros (2019), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez Años de Jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.

<sup>9</sup> Sirvan de ejemplo las Directivas antidiscriminatorias que regulan la igualdad de trato, o la más reciente Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

<sup>10</sup> De la que se hacen eco, entre otras, las SSTJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2022, rec. 1959/2022 y de 11 de noviembre de 2022, rec. 3368/2022 y de Galicia de 29 de septiembre de 2023, rec. 2371/2023.

directa” en el ámbito del contrato de trabajo<sup>11</sup> y, por lo tanto, habrá que examinarse cada cuestión en relación con el contrato de trabajo<sup>12</sup>.

Los próximos años serán fructíferos en nuestra doctrina judicial y jurisprudencia para ir separando los preceptos de la CSER con aplicabilidad directa y los que deben ser examinados en atención a la legislación nacional (leyes o reglamentos), convenios colectivos u otro modo de trasposición o práctica que permita alcanzar los compromisos a los que nos obligamos al ratificar la Carta. Y la propia CSER respecto de los tres artículos que analizamos aquí, en algunos de sus apartados, remite a la fijación por la norma interna o incluso a los convenios colectivos<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> También en Francia ya se han posicionado y han establecido que el Convenio nº 158 de la OIT si es de aplicabilidad directa pero no lo es la Carta social, en concreto el art. 24 CSER, a la que han denominado de carácter programático y además no considera que las decisiones de fondo del CEDS sean vinculantes y no permite su invocación entre particulares, Sentencias de la Corte de casación de 11 de mayo de 2022 (nº 21-14.490 y 21-15.247), así lo recoge SALCEDO BELTRÁN M.C (2022) “La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo excepcional escenario en el marco legislativo nacional”, Trabajo y Derecho nº 91, p. 5 de la versión electrónica.

<sup>12</sup> Nuevamente SSTS de 23 y 28 de marzo y 11 de mayo de 2022, la primera en su FJ 9º; en la que el propio Tribunal se pone la venda antes de la herida y manifiesta expresamente “la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias”. Sin duda en previsión de los próximos asuntos que deberá resolver sobre el art. 24 CSER, a la vista de la interpretación de los TTSJ, no homogénea

<sup>13</sup> Por ejemplo, en el anexo de la CSE —que no olvidemos forma parte integrante de la misma— el art. 24.4 respecto a la indemnización o reparación apropiada; art. 25.3 sobre la definición del término insolvencia, o la limitación de los créditos de los trabajadores del art. 25.4 o, en fin, la remisión del art. 29 a las legislaciones o a la práctica nacional para delimitar en cada caso a los representantes de los trabajadores. Por ello el control de convencionalidad —difuso— que directamente pueden realizar los jueces (como se ha sostenido a partir de la STC 140/2018 —también han contraindicado varias SSTC 10/19, 35/19, 80/19, 87/19—) y respecto de la Carta Social Europea Revisada debe tener en cuenta la normativa interna, y cuando se cuestione su aplicación ante un posible conflicto de la norma nacional con el contenido de la Carta no debe perderse de vista la implicación de la norma nacional en el propio desarrollo del derecho. Sobre el control de convencionalidad en relación con la CSER es interesante tanto la consulta de la STSJ de Cataluña de 16 de septiembre de 2022, rec. 1959/2022, que se refiere precisamente a la posibilidad de indemnizar adicionalmente la cantidad legal tasada para el despido improcedente que se fija en la Ley española (pero eso sí, en supuestos excepcionales —que explica— y en el caso que resuelve ante la falta de acreditación del perjuicio sufrido niega la posibilidad de aplicar lo que denomina un voluntarismo de equidad), como asimismo es de interés sobre el juicio de convencionalidad que contiene la STS de 6 de julio de 2023, rcud. 3501/2022 y en ella se realiza, además, ese control por el juez ordinario en el caso el TS, pero se indica que el “ejercicio del control de con-

Finalmente hay que indicar que cuando las pretensiones sean de tutela de Derechos o Libertades Fundamentales ha venido indicando la sala de lo social del Tribunal Supremo español que el parecer del CEDS no sirve como elemento de contraste para interponer ante el Alto Tribunal el recurso de casación para la unificación de doctrina con fines nomofilácticos, ello es debido al dudoso carácter jurisdiccional del órgano y de sus procesos, dictámenes, decisiones o informes<sup>14</sup>, a diferencia de las sentencias del TEDH estas sí expresamente mencionadas en el art. 219.2 LRJS por su carácter judicial<sup>15</sup>.

## 2. DERECHO A LA PROTECCIÓN EN CASO DE DESPIDO INDIVIDUAL (ART. 24 CSER)

### 2.1. Consideraciones generales

El precepto reconoce el derecho a la protección en caso de despido. No obstante, para el despido colectivo la Carta cuenta con su propia regulación en el art. 29 CSER como también sucede en los ordenamientos internos. De ahí que se afirme con acierto que el precepto se refiere a los despidos individuales<sup>16</sup>. Ello significa que incluye tanto los despidos disciplinarios como por otras razones, que en España denominamos extinciones de carácter objetivo<sup>17</sup> —y en nuestra opinión también es extensible a los actos asimilables al despido—.

---

vencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”.

<sup>14</sup> Auto TS, sala social, de 11 de octubre de 2017. Tampoco se admite la doctrina del Comité de Libertad Sindical de la OIT, ni del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, por lo que su aplicabilidad judicial va a depender en gran medida y, en primer lugar, de las interpretaciones que en instancia o en suplicación acojan sus criterios.

<sup>15</sup> Así se nos ha recordado en las SSTSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2020, rec. 587/20; 7 de junio de 2021, rec. 230/21 y 26 de mayo de 2022, rec. 264/22. En ellas se llega a afirmar textualmente: “respecto de la supervisión internacional de la CSE, es importante destacar que la violación de su articulado no da acceso al TEDH, sino a un órgano instituido por el propio Tratado, el Comité Europeo de Derechos Sociales, que a pesar de ser independiente y compuesto por expertos, no tiene la potestad de dictar sentencias vinculantes, sino únicamente recomendaciones y conclusiones” y, por ello, se califica el alcance de esas decisiones vertidas por el CEDS como “apenas doctrinal”. Véase “Article 24” en LUKAS K. (2021), The revised European Social Charter, Elgar Commentaries EE, p. 286.

<sup>16</sup> Por tanto, como ponen de manifiesto las respuestas del Comité y sus Conclusiones para otros Estados, englobará el cuadro de causas extintivas de despido del art. 54 ET y las contenidas en el art. 52 ET.

La protección frente al despido es un derecho de los trabajadores que también figura en el Convenio nº 158 de la OIT, relativo a la terminación de la relación laboral, y que se incorpora con una versión algo diferente en el texto del art. 30 de la Carta de los DFUE, por la mención expresa frente al despido injustificado, no contemplada de la misma manera en otros textos internacionales<sup>18</sup>, sin perjuicio que pudiera ser deducible de sus contenidos aún sin que exista una cita literal al despido injustificado. También el Pilar europeo de derechos sociales adoptado en 2017 y su plan de acción de 2021 contiene explícitas referencias a esta protección, en particular, la mirada a determinados grupos para lograr la igualdad y no discriminación. El principio nº 7 del citado Pilar expresamente contempla, en términos similares al precepto que analizaremos de la CSER pero con una redacción distinta, más completa y —a nuestro entender— con una mejor sistematización: “que, antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de las causas de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso, que tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y que, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada”.

Precisamente el art. 24 CSER debe relacionarse directamente tanto con el derecho al trabajo, esto es con el art. 1 de la CSE, como con el derecho a la no discriminación en el empleo por distintos rasgos (sexo, discapacidad, raza...). Téngase presente que al reconocerse el derecho al trabajo expresamente se menciona un nivel estable de empleo y la estabilidad se vincula siempre con la permanencia; la ruptura de la estabilidad en el empleo es precisamente originada por la decisión empresarial de despedir<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Sin embargo, no aparece en el Pacto internacional de los derechos económicos y sociales (PIDEC), que en sus art. 6 y 7 presenta el empleo como oportunidad de un trabajo libremente elegido y reconoce el derecho a condiciones de trabajo dignas —equitativas, seguras y saludables—, como hace notar MOLINA NAVARRETE C. (2021), Protección contra el despido injusto en la CSE: nueva aurora de su sinergia con el Convenio 158 OIT, en SALCEDO BELTRÁN C., La Carta Social europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo, Tirant lo Blanch, p. 146. No obstante, la interpretación que del art. 6 realiza el CESCR incorpora en la interpretación del derecho al trabajo esta protección frente al despido injustificado como se anota más adelante.

<sup>19</sup> Interpretación que mantienen las STC 22/81 (FJ 8) y 192/03 en atención a exigencias constitucionales, pero también fruto de los compromisos internacionales del que deriva el, así denominado, principio general de limitación legal del despido y las exigencias para su licitud a requisitos de fondo y también formales. Por ello, se ha explicitado respecto a la vertiente individual del derecho al trabajo contemplado en el art. 35.1 CE, éste se concreta en el “derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa”. Añadiéndose además que no únicamente tiene aco-

Por el art. 24 CSER se recogen dos mandatos, por un lado el derecho relativo a la protección de los trabajadores frente al despido injustificado ya lo sea por ausencia de motivación en las capacidades laborales (o en los incumplimientos que se le imputan en los casos del despido disciplinario) o el comportamiento del trabajador o por razones relacionadas con la propia empresa —su funcionamiento— y, por otro, el derecho a la indemnización adecuada u otra reparación en caso de producirse un despido injustificado<sup>20</sup>. Como puede comprobarse el segundo principio está directamente vinculado al respeto del primero, es una concreción de la respuesta que debe ofrecer el derecho ante la consumación del despido sin causa.

La CSER incorpora la protección frente al despido carente de justificación —aquel que no tiene causa— bien por ser injusto o por ser arbitrario y lo hace siguiendo muy de cerca la estela de la norma internacional inaugurada por la OIT en 1982 (fecha en la que se aprobó el Convenio nº 158). El Pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales no contiene referencias al despido ni por lo tanto protección frente al despido injustificado, sin embargo, en la exégesis realizada por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de NNUU (CESCR) sobre su art. 6, derecho al trabajo, se incluye en su interpretación<sup>21</sup> y muestra de ello han dado también los Tribunales constitucionales internos al interpretar con el filtro de los Tratados internacionales el derecho al trabajo<sup>22</sup>. Igualmente, la protección a un juicio justo o proceso equitativo del art. 6 del CEDH ha servido para incardinarn la protección frente al despido injustificado desde la perspectiva procesal, y en relación con el art. 8 del CEDH, el respeto a la vida privada y familiar, en este caso desde su perspectiva sustantiva<sup>23</sup>.

No obstante, la CSER contiene una salvaguarda de la continuidad y/o seguridad en el empleo mucho más limitada que el referido Convenio nº 158 de la OIT al indicar que la ausencia de justificación requiere *indemnizar o reparar* —ciertamente trasladándonos a un derecho de daños, alejándose de otras concepciones laborales de resarcimiento legal com-

<sup>20</sup> modo en el art. 35 CE la exigencia de justa causa para el despido, sino también la propia posibilidad de impugnación judicial contra el mismo, con cita de la STC 20/94.

<sup>21</sup> Las precisiones sobre la extensión de tales garantías frente al despido se recogen en el anexo.

<sup>22</sup> Así lo viene indicando desde hace décadas, por todos CESCR (2005), El derecho al trabajo, nº 18, de 24 de noviembre de 2005, párrafos 11 y 35.

<sup>23</sup> Como hemos anotado así en España, por todas, las SSTC 22/81 (FJ 8) y 192/03 y 20/94.

<sup>23</sup> Así lo mantiene LUKAS K. (2021), “Article 24...”, cit. p. 287, con cita de las STEDH de 10 de julio de 2012 (KMC v. Hungría), 2 de diciembre de 2014 (Emel Boyraz v. Turquía).

pensatorio (y a veces tasado<sup>24</sup>) como repuesta a la conducta antijurídica frente a la gravedad de la infracción al no estar amparada en causa legal la ruptura del vínculo laboral—. Por ello, quizá, no llega a establecer las situaciones en las que sólo cabría readmisión —restitución íntegra frente al daño causado, esto es la readmisión del trabajador—, con lo que ello significaría de limitación de la facultad empresarial de despedir, para distinguirlas de las otras causas que estando injustificadas la reparación puede realizarse mediante la indemnización económica, compensación o, también, sanción. Esta limitación probablemente provenga de la apertura y mantenimiento de la diversidad de regulación existente en los 47 Estados que componen el Consejo de Europa, respetando la CSER un modelo social europeo no unívoco, aunque no todos los Estados del Consejo de Europa han aceptado la CSE<sup>25</sup>.

Proteger frente al despido sin causa justificada es una fórmula que preserva la estabilidad en el empleo en un momento crítico ante la quiebra de esta garantía. En su versión de 1961 la protección frente al despido de la CSE se ceñía sólo a las trabajadoras embarazadas (art. 8), esto es, protegía especialmente a un grupo o colectivo en una situación particular la maternidad (limitada en el tiempo) pero, como resulta obvio, no a todos los trabajadores y, además, su protección era y es más robusta, pues el vocablo

<sup>24</sup> Como sucede en el derecho español en el que las indemnizaciones por despido están establecidas en el ET. Así lo pone de manifiesto, entre otras, la STSJ de Madrid de 19/10/2023, rec. 454/2023, recordando en cuanto al carácter tasado de la indemnización por despido improcedente, que se apoya en nuestro derecho en dos factores (antigüedad, esto es, tiempo de prestación de servicios y cuantía salarial), además se indica que sea tasada la indemnización fijada en el art. 56 ET no es ni arbitraria ni tampoco discriminatoria y sí está, o figura, justificada. Reproduciendo el citado TSJ el parecer del TC (con remisiones al Auto TC 43/2014, de 12 de febrero, de Pleno), no siendo admisible interpretar que “la opción del legislador en favor de un sistema legal de indemnización tasada por despido se encuentre falta de fundamento, en atención a las razones que pueden justificar objetivamente la elección de este sistema: en concreto, la eliminación de las dificultades de prueba de los daños por parte del trabajador, o la unificación de los criterios a aplicar por el Juez y la simplificación del cálculo judicial, así como la certeza y seguridad jurídica”. Estando también justificados los factores de cálculo que ha elegido el legislador en los casos de los despidos, sea improcedente —y tengase en cuenta que ha cambiado la tasada en cada momento temporal por el legislador, siendo distinta en su cuantía la prevista por la primera norma laboral de la democracia en 1976, la contendida en el ET originario en 1980 y la actual porcedente de la reforma laboral de 2012-, y sus diferencias en relación con las indemnizaciones previstas en los casos del despido colectivo u objetivo (cuando son procedentes).

<sup>25</sup> Son 4 los países que se mantiene al margen, entre los grandes Suiza y entre los pequeños: Liechtenstein, Mónaco y San Marino.

utilizado es diferente: el despido es ilegal, que por alguna doctrina se interpreta como despido nulo<sup>26</sup>; mientras para el conjunto de trabajadores el art. 24 CSER como veremos, la respuesta es distinta, el lenguaje de la Carta es otro: el despido es injustificado —sin causa o sin causa suficiente para despedir aún existiendo causa disciplinaria o de otra índole—, literalmente: “sin que existan razones válidas” y la respuesta ha de ser la indemnización adecuada o a la reparación apropiada (sin duda esta última puede contener la readmisión *in natura* del trabajador despedido y así explícitamente lo ha indicado el CEDS<sup>27</sup>).

## 2.2. La protección frente al despido injustificado y sin causa y su interpretación por el CEDS

El texto de la CSER del art. 24 es:

*“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer: a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada. 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”.*

Sobre el precepto conviene recalcar en tres aspectos nucleares. El primero de ellos que el despido debe ser causal, así el empresario debe despedir con causa justa (no admitiendo el despido *ad nutum*). El derecho se formula en negativo “no ser despedidos” sin existencia de razones válidas para ello, estos es justificadas desde el ordenamiento jurídico. Se proyecta sobre el amplio cuadro de causas de despido, esto es, de la voluntad unilateral del empresario sea por causas disciplinarias o vinculadas a la buena marcha, actividad y continuidad de la empresa. El segundo elemento aporta cuál ha de ser la respuesta del ordenamiento laboral frente a la ausencia de justificación en la decisión tomada por el empleador, la reparación adecuada

<sup>26</sup> Aunque no todas las realidades normativas de los Estados parte acogen esta figura de la nulidad, con la extensión que existe en otros países entre ellos España.

<sup>27</sup> Decisión Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, 6 de septiembre de 2016, al recordar que aunque el art. 24 CSER no haga expresa referencia a la readmisión, dentro de la noción otra reparación adecuada debe incluir la readmisión como modo de reparación (como ya se dijo en las Conclusiones 2003, respecto de Bulgaria).

frente al despido injustificado, que se debe leer bien en la indemnización que recibe el trabajador pero también, en la tradición de los ordenamientos laborales (particularmente los europeos continentales), en la readmisión o reintegración del trabajador cuando el despido no se sostenga sobre una causa legal, sea improcedente o nulo.

Resulta importante fijarse en el adjetivo que figura en el texto del precepto, la indemnización debe ser adecuada<sup>28</sup> o, en su caso, otros mecanismos de reparación, que en este supuesto el calificativo será que además debe ser reparación apropiada. A estos dos adjetivos se les ha calificado de ambiguos o, incluso, de conceptos jurídicos indeterminados<sup>29</sup>. El tercer aspecto o elemento, vinculado al anterior, el derecho a recurrir la sanción empresarial de despido. Estamos en este caso ante la concreción del derecho a reclamar frente al despido, que puede proyectarse en la tutela y acceso a la vía judicial pero también recurrir a otras instancias no jurisdiccionales, como las típicamente laborales de resolución extrajudicial o en sede administrativa o mediante conciliaciones laborales en organismos que así lo prevean, siempre que, en estos dos últimos supuestos, cumplan la garantía de imparcialidad<sup>30</sup> (garantía que es inherente y se presume al poder judicial). Para el CEDS la carga de la prueba no debe recaer en su totalidad sobre el demandante y ha de trasladarse al empresario cuando el trabajador presen-

<sup>28</sup> Es paradigmática la STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2023, rec. 2317/2023, que con rotundidad afirmará que los preceptos nacionales reguladores de la calificación de improcedencia (sea indemnización o readmisión) al entender ni el art. 56 ET ni el 110 LRJS (no) contravienen los mandatos del Convenio nº 158 de la OIT ni tampoco la Carta Social Europea. Y procede a justificarlo con referencias a la citada norma del Convenio nº 158 de la OIT y, concretamente, sobre el art. 24 CSEr señala: “(presuponiendo su carácter vinculante) reconoce el derecho de los trabajadores despedidos *sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada* y aprecia que eso hace la normativa nacional, posibilitando garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial”. Ya que previamente a interpretado los dos modos de reparación ante el incumplimiento de la exigencia de la causalidad del despido (respecto del art. 10 del Convenio de la OIT), el primero ordenar o proponer la readmisión, y el segundo, cuando no fuera posible en virtud de la legislación nacional el mencionado precepto disciplina “ordenar el pago de una indemnización adecuada”, u otra reparación apropiada. Para la Sala del TSJ de Galicia la vigente legislación española “cumple con la reparación alternativa, de ordenar el pago de una indemnización adecuada, y lo hace, como es notorio, de forma automática, con la mera acreditación de que se ha producido un despido y que éste no ha expresado causa”.

<sup>29</sup> Así, por todos, MOLINA NAVARRETE C. (2021), Protección contra el despido injusto en la CSE: *cit.*, p. 148.

<sup>30</sup> Nuevamente la CSER se apoya en lo que en su momento estableció el art. 8 del Convenio nº 182 OIT.

ta indicios suficientes de los motivos de despido injustificado<sup>31</sup>, debiendo en estos casos el empleador justificar su decisión.

Sobre esta cuestión los ordenamientos internos tienen un elenco completo de normas de la carga probatoria en materia de afectación en el despido a los Derechos Fundamentales una vez justificada la concurrencia de indicios de la violación de estos derechos<sup>32</sup>, pero no en los supuestos que el despido no se encuentre mediado por esa vulneración, sin embargo, la Carta exige (o exigirá) su interpretación dada por el CEDS) revisar esas reglas para todos los procesos de despido<sup>33</sup>. Al margen de las ya vigentes exigencias al empresario de demostrar en el proceso la realidad de imputaciones de la carta de despido disciplinario o de la concurrencia de las distintas causas del despido objetivo<sup>34</sup>, y su gravedad o seriedad para constituir un despido y no otro tipo de medidas menos lesivas que impidan la continuidad del puesto de trabajo<sup>35</sup>, o de que efectivamente se ajustan a la legalidad los actos extintivos asimilables al despido.

<sup>31</sup> Observación interpretativa/ Conclusiones 2008, declaración sobre la interpretación del art. 24.

<sup>32</sup> Arts. 96 y 181.2 LRJS.

<sup>33</sup> De manera que cuando el trabajador presente un panorama indicio de despido injustificado deben reformarse (y reforzarse) las normas procesales relativas a la distribución del onus probandi, en particular, cuando se aprecien despidos basados en decisiones empresariales carentes de causa por así aportarlo al proceso mediante indicios el trabajador, debiendo el empresario motivar su decisión para eliminar todo atisbo de ilegalidad de despido ad nutum, por tratarse de un proceder empresarial contrario al art. 24 CSER. Sin lugar a dudas, ello debe abrir una reflexión normativa sobre la declaración de improcedencia del despido en supuestos distintos, separando el despido desproporcionado, por ejemplo, en los disciplinarios, por no responder a las exigencias de ponderación de la sanción impuesta a la falta cometida por el trabajador propia de la teoría gradualista del despido sin causa, ya que, éste último sí contraviene el precepto de la CSER. También en las extinciones objetivas cuando no haya causa, o sea inventada, la que apoye la decisión empresarial, debiendo atender a la regularidad de la decisión extintiva y su adecuación a derecho. Un comentario sobre la necesidad de transformaciones en el ordenamiento español en MOLINA NAVARRETE C. (2021), “El despido con causa irreal: ¿cambios augurales con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de noviembre de 2020”, Rev. de Trabajo y Seguridad Social-CEF, pp. 230-246. Esa sentencia consideró que se estaba ante un despido con causa falsa y aplicó a la calificación de improcedencia el art. 24 CSER.

<sup>34</sup> Y siempre que va más allá de una cuestión de la calificación del despido como improcedente o nulo, impidiendo que pueda ser procedente un despido cuando demostrados indicios del despido injustificado el empresario no los destruya.

<sup>35</sup> Conclusiones 2003, Francia. Debe examinarse en el caso de los despidos económicos o por causas de carácter técnicas las dificultades por las que atraviesa la empresa, y si antes de decidir el despido se han tomado en consideración otras decisiones.

Los Estados se comprometen a acatar el artículo 24 CSER en su integridad. La protección del precepto se presenta frente al despido, esto es frente a la decisión unilateral del empresario de ruptura de la relación laboral. La comprensión del art. 24 CSER debe realizarse con las aportaciones que de su contenido ha ido realizando el CEDS y sigue realizando, que en la práctica se integra, ante ciertos supuestos, gracias a una expansión de sus mandatos, pues de la exégesis del precepto aflora contenido que no está en su literalidad sino en la comprensión integral de la institución del despido y de la finalidad de la protección perseguida. Como se viene apuntando para los diversos ordenamientos nacionales puede incidir de la siguiente manera, no siendo unánime que sea vinculante la doctrina del CEDS sí puede, más bien debe, servir como criterio interpretativo del despido efectuado<sup>36</sup>.

No exige la CSER un procedimiento, ni una forma al realizarse el despido, que, por exemplificar, en la regulación española se supedita a la obligación del empresario de comunicación escrita al trabajador, recepticia, fijando su contenido (hechos y fecha de efectos<sup>37</sup>), requisitos estrechamente vinculados con el derecho de defensa del trabajador frente a la decisión empresarial de despedir.

La heterogeneidad de decisiones empresariales de despido puede presentar una multiplicidad de variaciones sobre alguno de aquellos elementos básicos que recoge la CSER que, como se viene indicando, por un lado, permite respetar las muy diversas tradiciones normativas de los distintos Estados y, por otro, refleja unas exigencias más livianas que las ya anteriormente examinadas del Convenio nº 158 OIT (norma que, por cierto, no ha sido ratificada hasta la fecha por muchos países que son parte del Consejo de Europa<sup>38</sup>).

<sup>36</sup> Este parecer no sólo alcanza a España, sino que también en la vecindad jurídica francesa e italiana se ha indicado la falta de ese valor vinculante de la doctrina CEDS, ya con la ratificación de la Carta revisada. Ello sin perjuicio de que órganos judiciales inferiores recurran a él, aun careciendo de valor vinculante. Así, por todos MOLINA NAVARRETE C. (2020), *cit.*, p. 168. Ciertamente con ese valor interpretativo no sólo se restringe al juzgador de instancia, sino que a él recurren (y deben hacerlo) también los más altos órganos judiciales (así se encuentran resoluciones del Consejo de Estado francés y de la Corte Constitucional italiana).

<sup>37</sup> Y cuyo incumplimiento en el ordenamiento español tiene consecuencias para la calificación del despido como improcedente, arts. 55.4, 56 y 53.1 ET, respectivamente.

<sup>38</sup> Entre otros Estados no lo han ratificado Alemania, Bélgica, Países Bajos, Irlanda, Reino Unido, Italia, Noruega, Dinamarca, Rumanía, Estonia, Lituania, Rusia, Grecia, Polonia o Suiza. En el conjunto de Convenios de la OIT cuenta con un reducido número ratificaciones y con la denuncia de Brasil, lo que hace cuestionarse si el instrumento internacional persigue su aplicación general para el conjunto de la Comunidad Internacional.

Conviene recordar que el propio Consejo de Europa entiende el instrumento de la CSER como la base mínima de derechos sociales para todos los Estados Miembros, un suelo muy básico podríamos decir. Ello tiene gran transcendencia sobre este precepto (art. 24 CSER), pues aun presentando los perfiles propios regionales europeos no deja de aspirar a la recuperación y revitalización de los contenidos, del quizá otra vez olvidado —aunque hoy rescatado— Convenio nº 158 de la OIT —cada vez más frecuentemente citado por las resoluciones judiciales<sup>39</sup>—. Aún siendo menos ambiciosa la Carta Social Europea que el Convenio nº 58 de la OIT, y no sólo por el diferente contenido de una y otro.

El ámbito de aplicación del precepto se refiere como ya se ha indicado al término denominado técnicamente despido, contemplando, según se recoge en el anexo, a la decisión extintiva del contrato por iniciativa del empresario y los destinatarios a quienes resulta de aplicación son los trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo, el anexo precisa que abarca a todos los trabajadores<sup>40</sup>. No obstante, los Estados pueden excluir determinadas relaciones laborales, se trata de exclusiones tasadas y deben acomodarse a alguno de los tres supuestos que fija con precisión el propio anexo de la Carta, (1) en atención a su duración o a su especialidad, (2) así como los contratos sometidos a periodo de prueba siempre que su duración sea razonable y determinada previamente (no lo es si la duración de la prueba alcanza los seis meses o supera 26 semanas si se aplica de manera indiscriminada, sin atender a la cualificación del trabajador<sup>41</sup>), o (3) para contratos temporales causales celebrados por un breve periodo<sup>42</sup>. Fuera de

---

Tal y como fue concebido encuentra reticencias de los Estados para su ratificación y no sólo de las organizaciones empresariales

<sup>39</sup> Por ejemplo, recientemente, SSTSJ Galicia, a 05 de septiembre de 2022 (rec. 3124/2022), de Castilla La Mancha, a 21 de julio de 2022 (rec. 956/2022), de Extremadura, a 18 de julio de 2022 (rec. 271/2022) o de Madrid, a 29 de junio de 2022 (rec. 369/2022) en ocasiones fruto de la invocación de la parte —más veces— y en otras de la aplicación del derecho que realiza el órgano judicial.

<sup>40</sup> Como lo corroboran la Conclusiones de 2016 sobre Azerbaiyán para todos los trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo.

<sup>41</sup> Así lo ha puesto de manifiesto CEDS en sus Conclusiones 2003, Italia y Conclusiones de 2012, Chipre y también se ha referido a España respecto del hoy derogado contrato de apoyo a los emprendedores en sus Conclusiones de 2014. Nuevamente en Conclusiones 2020, Chipre y Malta. En relación con el art. 4 CSE. En todo caso el CEDS indica que se debe analizar, en cada caso concreto, el periodo de prueba tiene una duración razonable; lo que no admite son aplicaciones indiscriminadas.

<sup>42</sup> Al leer el anexo sobre el precepto parece que se está leyendo el Convenio nº 158 de la OIT, en su art. 2.2. Es casi una reproducción literal de aquél, las diferencias son simple-

estos supuestos no se admiten otras excepciones<sup>43</sup>. La lista de exclusiones es cerrada, así lo apreció el CEDS al señalar que añadir otras categorías distintas a las reseñadas supone una infracción de la Carta<sup>44</sup>.

Como se ha indicado el despido debe ser causal, y el propio precepto del CSER agrupa y cita las razones válidas para el despido. Las primeras son las denominadas disciplinarias. El CEDS ha tenido ocasión de indicar que las resoluciones judiciales de condena penal con privación de libertad también son tratadas en el art. 24 CSER, si bien incorpora la matización de que el delito se relacione con el empleo o cuando la situación privativa de libertad impida al trabajador realizar la prestación laboral.

Respecto a las razones económicas que atraviesa la empresa deben fundarse en la situación económica conforme a la práctica nacional, y cuando sean revisadas por los juzgados internos u organismos imparciales han de atender no sólo a la cuestión de índole jurídica sino también al hecho económico. Por lo tanto, los Tribunales han de poder analizar y revisar la concurrencia de las razones económicas esgrimidas por el empresario que provocan la decisión extintiva adoptada y no sólo los aspectos estrictamente jurídicos<sup>45</sup>. Dentro de estas causas se encuentran, así expresamente lo muestra el CEDS, las situaciones de cierre o cese de negocio como también los supuestos de insolvencia o quiebra de la empresa<sup>46</sup>.

Como se viene señalando el artículo que comentamos de la CSER es una regulación parcial frente al despido al contemplar situaciones no toleradas de despido injustificado, conviene hacer notar que la Carta omite así regular unas mínimas y comunes exigencias rudimentarias sobre los despidos, a diferencia del Convenio nº158 OIT norma más holística, que se proyecta sobre el despido (en general) al abordar la terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empresario y en este caso sí regula y determina ga-

---

mente de la traducción de las concretas palabras empleadas en uno y otro caso. "Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas: (a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; (b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; (c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración".

<sup>43</sup> Lo mantuvo el CEDS en sus Conclusiones de 2012, respecto de Irlanda.

<sup>44</sup> Conclusiones 2012, Irlanda. Se han admitido las exclusiones de la Chipre así Activity Report 2020 CEDS, Reporting porcedure, p. 55.

<sup>45</sup> Conclusiones 2012, Turquía.

<sup>46</sup> Conclusiones 2012, Estonia.

rantías precisas, como el requisito de la forma, y la necesidad de notificar por escrito el despido<sup>47</sup>, entre otras cuestiones.

El anexo de la Carta en relación con el art. 24 CSER permite conocer cuáles son los supuestos injustificados de despidos, considerados como no válidos —en el lenguaje que utiliza la Carta—, al enunciar de manera ejemplificativa estos motivos no válidos de despido<sup>48</sup>, que nos reconducen —si leemos detenidamente— a algunas de las causas de discriminación prohibidas por los ordenamientos internos y también protegidas por las Directivas europeas antidiscriminatorias del empleo y relacionadas, por otro lado, con las que a su vez se recogen en los arts. 5 y 6 del Convenio OIT 182. En este art. 24 de la CSER entre los que se enuncian como “motivos no válidos” están aquellos relacionados con la protección sindical (afiliación, participación sindical fuera de horario de trabajo e incluso en horas de trabajo si hay consentimiento —se dice del empleador, aunque los ordenamientos pueden y suelen regular la acción sindical desde la regulación normativa como sucede con nuestra LOLS—), la protección a la representación de los trabajadores ya desde la postulación del candidato, o por ser representante o por haberlo sido; la garantía de indemnidad por presentar en vía judicial demanda frente al empleador o participar en procedimiento frente a él por incumplimiento de la normativa, y también presentar recurso en vía administrativa, la protección frente a la discriminación (por los motivos de raza, etnia —color—, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, embarazo, creencias religiosas, opiniones políticas, origen —ascendencia nacional— u origen social); por el disfrute de permisos relacionados con la maternidad y paternidad, o las ausencias laborales por enfermedad o lesión (léase accidente). Si bien para este último supuesto el CEDS considera que sí son razones de despido las prolongadas ausencias al trabajo debidas a estas causas, analizando el derecho interno aplicable<sup>49</sup>.

En una primera aproximación la relación ejemplificativa de motivos que en ningún caso son justificados para el despido podría decirse que encuen-

<sup>47</sup> Téngase presente que para que aflorase este Convenio nº 158 de la OIT previamente se gestó la Recomendación sobre la terminación de trabajo en 1963, que aún hoy tiene su importancia en algunos aspectos relacionados con el despido para ser invocada ante los organismos (administrativos, conciliadores y judiciales) y también se recurre a ella como mecanismo de interpretación del sentido del aquél.

<sup>48</sup> Se ha apuntado así por la doctrina y de la literalidad del anexo se desprende que la lista de causas prohibidas no es exhaustiva, por eso se indica “en particular”.

<sup>49</sup> Así Conclusiones 2012, Armenia cuando el despido se produce transcurridos 120 días. Lo que nos conduce a afirmar que hay que cohonestar las normas nacionales de Seguridad Social sobre la protección de la incapacidad temporal con las laborales de extinción y despido.

tra un vínculo directo amparado en los textos constitucionales, estrechamente vinculados con derechos fundamentales (libertad sindical, igualdad y no discriminación, tutela judicial en la vertiente de garantía de indemnidad frente a represalias), o con protecciones dignas de atención a la persona (vida, familia) que también presentan innegable transcendencia constitucional en el marco del desarrollo de las relaciones laborales.

Respecto a las represalias por reclamaciones, la garantía de indemnidad alcanza al trabajador, ante la ausencia de expresa prohibición legal los Estados parte deben mostrar que su legislación o jurisprudencia es conforme a las exigencias de la Carta<sup>50</sup>.

Además, y en directa conexión con todo este catálogo de motivos que nunca pueden justificar el despido, es necesario acudir a otros artículos de la CSER entre los que se encuentran los referidos a la discriminación, la libertad de sindicación, el derecho de huelga, la protección a la maternidad y ante las responsabilidades familiares de los trabajadores así como los derechos y garantías reconocidos a los representantes de los trabajadores. Esto es con los arts. 1, 4, 15, 20, 8, 6, 8, 27 y 28 CSER, siendo imprescindible una interpretación armónica de la protección que estos preceptos contienen —y la amplitud de su tutela por la Carta— cuando acontece un despido.

Al tratarse de un listado no exhaustivo de motivos no válidos para el despido los que contiene el apéndice de la Carta, el CEDS ha realizado pronunciamientos sobre otros rasgos —no citados expresamente— como lo es la edad, indicando que es contrario a la Carta el despido exclusivamente por razón de la edad cuando se alcanza la edad de jubilación salvo su amparo en una de las razones previstas expresamente<sup>51</sup>, estando justificado el despido si así lo prevé la norma y se legitime la decisión extintiva en exigencias de política de empleo y siempre que el despido sea una medida necesaria para alcanzar la finalidad prevista<sup>52</sup>. Pero la legislación nacional no puede permitir el despido sólo por razón de la edad sin más, siendo contrario a la Carta esta previsión<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Conclusiones 2016, Estonia.

<sup>51</sup> Observación interpretativa /Conclusiones 2012, declaración sobre la interpretación del art. 24. Conclusiones 2020, Malta y Holanda.

<sup>52</sup> Conclusiones 2008, Lituania.

<sup>53</sup> Reclamación 74/2011, Decisión de 2 de julio de 2013 Felles forbundet for Sjofolk contra Noruega. En la que se invocaron los siguientes derechos: art. 1-2 respecto tanto de la libre elección de profesión u oficio, como la protección frente a la discriminación, la prohibición de trabajo forzoso y también el art. 24 vinculado con el Art. E respecto de la no discriminación en conjunción con los mencionados arts. 1 y 2.

Respecto de la edad en la decisión *Felles forbundet for Sjøfolk (FFFS) contra Noruega* fruto de la reclamación colectiva nº 74/2011, de 2 de julio de 2013<sup>54</sup>, se examinó una disposición que abordaba la cuestión de discriminación por edad, puesto que la normativa nacional permitía a los empresarios extinguir el contrato de trabajo de los marineros al alcanzar la edad de 62 años, se alegó la discriminación por razón de edad de aquella normativa (teniendo en cuenta que la edad ordinaria de jubilación se establecía en 70 años o 65 años para determinadas profesiones). El CEDS, tras el examen de la petición al amparo del art. 24 de la CSER, y la protección frente al despido discriminatorio, puso de manifiesto que la decisión de terminación del contrato fundada en exclusiva en la edad podía suponer una restricción, e indica que el acceso a una pensión en el caso no puede ser un criterio que legitime la extinción al vincular la restricción con el respecto del derecho al trabajo libremente elegido, art. 1.2 CSE, pero tampoco las razones de seguridad y salud esgrimidas son tomadas en consideración para limitar el derecho. El CEDS recuerda la prohibición de discriminación por distintos

---

<sup>54</sup> Un extenso resumen de la misma en FRA y Consejo de Europa, *Manual de legislación europea contra la discriminación* (ed. 2018), pp. 218 y 219. En esta resolución la doctrina del CEDS apunta como el precitado art. 24 de la CSER fija las causas por las cuales un empresario puede poner fin a una relación laboral. Recuerda que estos motivos son de dos tipologías: los relacionados con las aptitudes o la conducta del empleado y los basados en las necesidades de funcionamiento de la empresa (por razones económicas). Y concluye que despedir por el hecho de alcanzar determinada edad sería contrario a la CSE, al no estar amparado en ninguna de las dos causas que recoge el precepto. La Administración nacional defiende sus disposiciones, bajo el argumento de que se apoyaban en consideraciones de política de empleo, las necesidades de funcionamiento y en el objetivo de garantizar la salud y la seguridad de los trabajadores del mar. Y el CEDS consideró legítimas éstas ya que expresamente se contemplan (como excepciones) para el rasgo de la edad pero fue al examinar los requisitos de la proporcionalidad, la necesidad y la pertinencia de las medidas adoptadas cuando el CEDS considera que no fueron suficientemente probadas por el Estado parte las razones por las que consideraba que la salud se hubiera de deteriorar de tal modo que los marineros no pudieran seguir ejerciendo su profesión a la edad de 62 años. También se indicó por el CEDS la existencia de otras opciones para garantizar la seguridad y la satisfacción de las necesidades de la navegación; como, por ejemplo, la realización de revisiones médicas regulares y también suficientemente completas de los marineros. Por ello, el CEDS consideró finalmente que esa disposición noruega vulnera el art. 24 de la CSE, al privar de protección a estas personas. También indicó que el límite de edad afectaba de manera desproporcionada a los marineros (como grupo o categoría profesional); para así concluir que la diferencia de trato por la edad en ese caso era constitutiva de discriminación, contraria al derecho a la no discriminación en el empleo garantizado en el art. 1 punto 2, de la CSE (que reconoce el derecho de los trabajadores a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido).

rasgos y en particular por razón de edad, argumenta que este rasgo, la edad, no constituye un motivo justificado para el despido a menos que dicha terminación se base de manera objetiva y razonable en un fin legítimo y los medios para lograr dicho fin resulten apropiados y necesarios.

Como se ha anunciado en sus evaluaciones el CEDS viene considerando como causa válida de despido las ausencias prolongadas al trabajo aunque estén motivadas por razones de enfermedad o accidente, de manera que el motivo no válido es la ausencia temporal debido a enfermedad o accidente<sup>55</sup>, sin duda estas diferencias de adjetivos (temporal, de larga duración) nos llevan al análisis de cuestiones propias de las normas de Seguridad Social que diferencian la situación temporal que justificaría la ausencia al trabajo por razón de enfermedad (en España la incapacidad temporal) de las situaciones incapacitantes permanentes.

El Comité ha venido a matizar con mayor precisión estas cuestiones, y considera que asimismo debe valorarse ante una enfermedad permanente el origen de las contingencias, diferenciando así los riesgos profesionales, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, de las contingencias comunes, de manera que estas últimas pueden suponer un despido válido por ser permanentes, así como en los supuestos que el empresario abona a su costa la compensación económica por esas ausencias prolongadas e, incluso, recuerda el CEDS que si el trabajador puede realizar otros trabajos el empresario está llamado a ofrecer un puesto distinto y si ello no es posible otras alternativas apropiadas, lo que nos conduce a considerar el concepto de ajuste razonable por razón de enfermedad antes del despido<sup>56</sup>. Por otro lado, al no ser un motivo válido para el despido la ausencia temporal del trabajo por enfermedad o accidente el CEDS permite determinar un límite de tiempo en algunos casos<sup>57</sup>, de manera que sí puede ser causa de despido

<sup>55</sup> En este sentido la CSER toma como referente, sin duda, el art. 6 del Convenio nº 158 de la OIT, precepto que expresamente establece que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”; además precisa y se remite a cada legislación nacional para fijar la concrección de la definición de qué debe entenderse por ausencia temporal del trabajo, así como las cuestiones en las que al trabajador se exigirá un certificado médico y también permite fijar a la norma o práctica nacional incluso posibles limitaciones a la aplicación de la prohibición o consideración de causa no justificada de despido. También parece que el CEDS en su interpretación acude al citado Convenio de la OIT.

<sup>56</sup> LUKAS K. (2021), *cit.*, p. 290.

<sup>57</sup> La doctrina judicial española respecto a la enfermedad ha venido a señalar que la CSER garantiza un estándar de protección más elevado que el Convenio nº 158 de la OIT porque la CSER no admite limitaciones —a diferencia del Convenio—, recordando

la enfermedad cuando la ausencia temporal interrumpe o perturbe severamente la actividad de la empresa y deba proporcionarse un permanente reemplazo de la mano de obra durante la ausencia<sup>58</sup>, en este caso deben considerarse los mismos supuestos en los que se permite el despido ante situaciones incapacitantes permanentes, teniendo en cuenta el origen de la contingencia, la compensación que recibe el trabajador del empresario y la posibilidad de ofrecer al trabajador otros puestos u otras alternativas<sup>59</sup>.

La indemnización a la que se refiere el art. 24 CSER ha supuesto algún movimiento en las respuestas de los Tribunales nacionales de los Estados Europeos —también en España<sup>60</sup>—, incluidos Tribunales Constitucionales (como la

que en aquel precepto no considera justas causas de despido con cita del art.24.3f CSE —se refiere obviamente al anexo—: “La ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”, y recuerda que el CEDS lo ha interpretado en el sentido de que “*Si la ausencia interrumpe gravemente el funcionamiento de la empresa y es necesario proveer la sustitución efectiva y definitiva del trabajador, en tal caso la ausencia puede constituir una causa justa de despido*”, así STSJ de Cataluña de 26 de abril de 2022, rec. 7131/21. Además reafirma su parecer porque en el caso que enjuicio, por el momento temporal, la Carta fue ya firmada por España, con referencias explícitas al art.2 k) de la Ley de Tratados Internacionales 25/2014), y también citando su art.35 (en directa relación con los arts. 31 a 33 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados) al recordar que estas normas imponen como primer criterio de interpretación de Tratados y Convenios el principio de la buena fe, *conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

<sup>58</sup> Conclusiones 2012, Ucrania. Al entender que más de 4 meses de ausencia al trabajo por enfermedad —salvo por maternidad o nacimiento de hijo— que el tiempo de duración de la incapacidad temporal en su legislación en su legislación es una razón válida para el despido.

<sup>59</sup> Por lo cual los denominados ajustes razonables deben encontrar también su espacio ante la enfermedad de la persona (no sólo frente a otros motivos de discriminación prohibidos como la discapacidad, religión, el sexo en relación con el estado biológico de la mujer embarazada o lactante u otros).

<sup>60</sup> Los pronunciamientos de los Juzgados de los Social internos invocan la CSER cuando aún no estaba ratificada por España, entre ellos pueden citarse sin ánimo exhaustivo las SJLS nº 34 de Madrid, de 21 de febrero de 2020, SSJLS Barcelona nº 26 de 28 de julio 2020, Barcelona nº 26 de 31 de julio 2020 —despido COVID19— (170/2020) que además aplica el art. 2 RD-Ley 9/2020, o de misma fecha Barcelona nº 26 de 31 de julio de 2020 (390/2020) o el voto particular que contiene la STSJ Cataluña de 21 de julio de 2020. En estos asuntos concretos se cuestiona que la indemnización resultante sea suficientemente disuasoria y se tiene en cuenta corta duración de contratos, algunos a tiempo parcial, temporales y equipara el acto empresarial al desistimiento por el bajo montante de la cuantía indemnizatoria (por ejemplo, la antes citada SJLS de Barcelona nº 26, de 28 de julio 2020). En el caso español los Juzgados y algunos Tribunales internos acuden tanto al Convenio nº 158 de la OIT y el art. 24 del texto de 1996 de la CSER, afirmando que “el art. 24 de la CSE(R) es una mera reordenación del contenido obligacional del Convenio 158 de la OIT, con mejor y más actual técnica”. En sus fallos

Corte constitucional italiana que varias veces se ha pronunciado respecto a este precepto en 2018, 2020 y 2022<sup>61</sup>). Por un lado, se nos precisa qué alcance tiene el concepto, también en el anexo de la Carta Social Europea se viene a indicar que la indemnización o reparación ante el despido injustificado ha de ser fijada por las Leyes o Reglamentos nacionales, Convenios Colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones/circunstancias nacionales<sup>62</sup>, esto es, que la compensación que ofrezca el derecho nacional corresponde determinarla al propio derecho interno (legislación o negociación colectiva). Sin embargo, en algunas sedes judiciales se ha aplicado la lectura del precepto sin recalcar en el anexo de modo que han interpretado el concepto indemnización

---

declaran aplicable el Convenio OIT no la Carta por falta de ratificación en el momento que enjuician y sobre la base argumental de que el Convenio nº 158 de la OIT establece el principio de causalidad en el despido.

<sup>61</sup> Entre otras las Sentencias de 26 de septiembre de 2018 —sentencia nº 194— y de 22 de julio de 2022 —sentencia nº 183—, considerando que la regulación nacional italiana que examina es contraria al art. 24 CSER. El TC manifiesta la necesidad urgente de reformar la denominada jobs act italiana para garantizar la adecuada tutela en caso de despido y ha indicado que la indemnización constreñida en el exiguo importe de entre un mínimo de tres y un máximo de seis mensualidades vanifica la exigencia de adecuar el montante indemnizatorio a cada supuesto, además, apreció que no responde al requisito de adecuada y disuasiva indemnización como ya indicase en las sentencias nº 124 de 2018 y nº 150 de 2020. Incluso considera que atender a la dimensión de la plantilla en las actuales circunstancias de las relaciones laborales —por la externalización de mano de obra y otros supuestos de interposiciones empresariales— no es indicativo de potencial económico del empresario y no ofrece tampoco elementos significativos para determinar la cuantía de la indemnización en cada supuesto. También la Corte Constitucional italiana ha rechazado pronunciarse en los recursos nº 123 y 254/2020 dando por correctos los pronunciamientos de los Tribunales inferiores que apreciaron infracción del art. 24 CSER. En 2022 la Corte Constitucional italiana urge al legislador nacional para que reforme la norma laboral contraria al art. 24 CSER, según la opción de política legislativa —que escoja—, pero anuncia que no se puede prolongar la ausencia de reforma. Al ser contraria al precepto de la CSER. También es importante conocer las cuestiones de constitucionalidad planteada por el Tribunal de Roma de 24 de febrero de 2021 que considera se viola el art. 24 CSER por el Decreto 23/2015 al establecer para las pequeñas empresas en caso de despido improcedente una indemnización de entre 3 y 6 meses de salario que no es disuasoria del despido sin causa. O cuando el Tribunal de Lecce en su sentencia de 19 de junio de 2020 consideró que para calcular la indemnización en el despido ilegal no sólo debe tenerse en cuenta la antigüedad del trabajador sino también el comportamiento empresarial para así compensar el daño producido y lograr que la sanción económica sea disuasoria en cumplimiento de lo establecido por el CEDS en su Decisión CGIL vs. Italia de 11 de febrero de 2020.

<sup>62</sup> No sólo el anexo hace mención a esta precisión también el Informe explicativo de la Carta social europea en su versión revisada aprobada en 1996 (de 3 de mayo de 1996) se incide en esta cuestión.

disuasoria saliendo de la estipulación de la norma laboral estatal<sup>63</sup>, así por ejemplo algunos Juzgados de lo Social en España han concedido indemnizaciones superiores a las contempladas en la norma legal (el ET, en nuestro caso) con apoyo en el adjetivo adecuada que se contiene en el art. 24 CSER, al entender que las reguladas en el ET (legislación laboral nacional) no eran adecuadas y lo han hecho con apoyo precisamente en ese precepto de la CSER<sup>64</sup>. Aunque como podemos comprobar desviándose de la interpretación que se hace de la indemnización en el propio instrumento internacional<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Pueden verse las SSJS nº 26 de Barcelona de 10 de julio de 2020 y 31 de julio de 2020, con apoyo en el art. 24 CSER, al considerar que la indemnización legal por despido improcedente del art. 56 ET carece de efecto disuasorio en el caso, y que ello permite inaplicar el régimen legal, mediante el control de convencionalidad y fijar lo que el juez consideró una indemnización verdaderamente disuasoria para la empresa que compense suficientemente al trabajador por la pérdida de su empleo, concediendo el equivalente al salario de 9 meses (en el caso el importe fue de 60.000€). Para el mismo juzgador en otros asuntos considera que el despido sin causa la cuantía indemnizatoria, la legal, es insuficiente por considerar que al no ser disuasoria, en el caso, mantener la indemnización del art. 56 ET daría carta blanca para que la empresa pudiera rescindir los contratos a su libre albedrío, estando ante un desistimiento más que ante un despido, en un caso que tras ser administradora había pasado a ser contratada mediante contrato laboral de fijo-discontinua así SJS nº 26 de Barcelona de 28 de julio de 2020 (la indemnización que correspondía legalmente eran 34,45€).

<sup>64</sup> Así, por ejemplo, la SJS de Barcelona nº 26, de 10 de julio de 2020 y más recientemente la SJS de Bilbao nº 1, de 23 de julio 2023, en la que también se comparte la idea del reconocimiento de indemnización adicional a la legalmente tasada, apreciando perjuicios al trabajador que deben ser reparados, fijándola en el caso en un importe que equivale a 2 mensualidades de salario (en cuantía casi de 11.667€), lo mismo que debería abonar el trabajador (según convenio aplicable al caso) si abandonase el puesto sin preaviso al empresario. En un caso singular también el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 30 de enero de 2023, rec. 6229/2022, reconoce indemnización adicional en el contexto de la pandemia y ante la exclusión del trabajador afectado del ERTE-Covid, concediendo la peregrina indemnización vinculada al desempleo extraordinario (también al amparo de la normativa COVID) que no pudo lucrar (en cuantía de 3.493,3 €). Y para ello aplica conceptos civiles como el lucro cesante.

<sup>65</sup> Figura en el punto 4 del art. 24 del Anexo: "Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales". Por lo que al cuestionar el juzgado español la indemnización legal tasada para el despido en el Estatuto de los Trabajadores sin duda lo que se cuestiona es la propia Ley que debe aplicar. Y con el riesgo de que el poder judicial se convierta en su toma de decisiones en enmendador del legislador laboral, que no creemos sea una respuesta adecuada a la función de juzgar. No obstante, se han iniciado muchos procesos judiciales en España requiriendo precisamente que se fije una indemnización distinta a la tasada legalmente con amparo en el art. 24 CSER, buscando lo que se denomina una indemnización adicional por daños y perjuicios o una

Respecto a la indemnización el propio comité de expertos independientes en 1995 —antes de aprobarse la Carta revisada— consideró que la literalidad del precepto debía completarse para dejar manifiesto y por escrito que no se contempla en exclusiva una indemnización o reparación sino que aquella debe entenderse para los supuestos en los que la legislación no prevé la continuidad de la relación laboral o cuando el trabajador debe ser reintegrado<sup>66</sup>, lo cual se razonaba teniendo en cuenta que en las tradiciones de los Estados, en aquel momento, en muchos países la readmisión era la consecuencia principal ante el despido injustificado y la compensación pecuniaria o económica es la respuesta alternativa cuando aquella no es posible (y lo sigue siendo hoy, por ejemplo en los despidos declarados nulos en España<sup>67</sup>). Pero finalmente esta propuesta no fraguó. Ello no impide que en la redacción definitiva la llamada a la reparación apropiada incorpore todos los supuestos de reintegración del trabajador a su puesto de trabajo como así lo ha considerado CEDS, como ya se ha expuesto.

El CEDS ha ido perfilando la interpretación de indemnizaciones adecuadas conjuntamente con la reparación apropiada<sup>68</sup>, y ha considerado que son

---

indemnización adecuada sobre el parecer que la legal que contiene nuestro ET no cumple ese requisito. También entre la doctrina se ha cuestionado nuestra regulación con el mismo amparo, por todos, RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO B. (2021), “La ineeficacia de la regulación legal de despido y su necesaria reconsideración a la luz de la normativa internacional”, *Labos Rev. De Trabajo y Protección Social*, pp. 60-76, SALCEDO BELTRÁN M.C (2022) “La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo excepcional escenario en el marco legislativo nacional”, *Trabajo y Derecho* nº 91, p. 7 de la versión electrónica, para quien la normativa reguladora de las indemnizaciones por despido improcedente en España no es conforme con la CSER según la doctrina del CEDS, o, también, PRECIADO DOMENECH C.H. (2021), *La Carta social europea y su aplicación. Los derechos sociales en serio*, Albacete, Bomarzo. No se ha considerado adecuada la compensación en caso de despido en Turquía, *Activity Report 2020 CEDS, Reporting porcedure*, p. 55. En la vecina Francia las Sentencias de la Corte de casación de 11 de mayo de 2022 (nº 21-14.490 y 21-15.247), se ha descartado que los jueces puedan delimitar el sistema de cálculo de las indemnizaciones por despido apartándose de la regulación legal pues permitir que lo hicieran generaría incertidumbre y discriminación y se alejaría del principio de seguridad jurídica.

<sup>66</sup> Opinión del Comité de expertos independientes sobre el borrador de la Carta Social europea revisada, CM (95)53, de 13 de abril de 1995, según refiere LUKAS K. (2021), *cit.*, p. 288.

<sup>67</sup> Siempre que sea posible la reintegración del trabajador en el puesto de trabajo.

<sup>68</sup> Y seguirá haciéndolo puesto que se han planteado un importante número de peticiones sobre este punto, la primera reclamación colectiva de España, nº 207/2022 presentada por el sindicato UGT el pasado 24 de marzo de 2022 que confronta el art. 52 ET con el art. 24 CSER en relación con el sistema de cálculo de la indemnización por despido improcedente, legal, tasada y por lo tanto lo que algunos denominan topada, entre

mecanismos procedentes, aquellos que prevean el reembolso de pérdidas sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor<sup>69</sup>, la posibilidad de readmisión, e (o adicionadas) indemnizaciones en cuantía suficientemente elevada para disuadir el empleador y compensar el perjuicio sufrido<sup>70</sup>. En ese contexto también ha venido a considerar que cualquier límite que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean lo suficientemente disuasivas, es en principio contrario a la Carta.

Concretamente el CEDS ha tenido ocasión de delimitar criterios que permiten entender que la indemnización es adecuada o la reparación apropiada, tales como, el reembolso de las cuantías perdidas por el trabajador por el tiempo transcurrido entre el despido y la decisión del organismo imparcial<sup>71</sup>, la posibilidad de readmisión<sup>72</sup> y, también, la compensación a un nivel suficiente (suficientemente alto) como para disuadir al empresario y reparar el daño causado al trabajador<sup>73</sup>. Establece que es contrario a la Carta aquella cuantía indemnizatoria que no alcanza a cubrir la exigencia de compensación adecuada a la vista de la pérdida sufrida por el trabajador y, por lo tanto, no reúne la característica de ser suficientemente disuasoria<sup>74</sup>. Y cuando existe una limitación máxima en

otras también, Decision Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube v. France, reclamación No. 181/2019, Decision CFDT Meuse Metallurgy v. France, Complaint No. 182/2019; Decision CGT YTO France v. France, Complaint No. 183/2019; Decision Syndicat CGT Ford Aquitaine Industrie v. France, Complaint No. 184/2019; Decision CFDT Meuse Metallurgy v. France, Complaint No. 175/2019; Decision CGT YTO France v. France, Complaint No. 174/2019 y Separate dissenting opinion of Petros Stangos: CGT YTO France v. France, Complaint No. 174/2019; Decision Union Syndicale Solidaires SDIS v. France, Complaint No. 176/2019; Decision Unione sindacale di base (USB) v. Italy, Complaint No. 170/2018; Decision Confédération Générale du Travail (CGT) c. France, Complaint No. 171/2018; Decision and on immediate measures: ATTAC ry, Globaali sosiaalityö ry and Maan ystävät ry v. Finland, Complaint No. 163/2018; Decision Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) v. France, Complaint No. 160/2018. Es importante conocer que se ha pronunciado sobre las reclamaciones 160/2018, 171/2018 y 182/2018 el CEDS en su sesión del 21 al 25 de marzo de 2022, condenando a Francia. Nuevamente el 4-8 de julio de 2022 se resuelve la Decisión 175/2019.

<sup>69</sup> Lo cual nos conecta con la denostada (por el legislador español desde hace más de una década) institución de los salarios de tramitación, cada vez más limitados en el ordenamiento español.

<sup>70</sup> Conclusiones 2012, Turquía.

<sup>71</sup> Conclusiones 2003, Bulgaria y Conclusiones 2012 República Checa.

<sup>72</sup> Conclusiones 2012, Finlandia.

<sup>73</sup> Nuevamente Conclusiones 2012, Turquía.

<sup>74</sup> Este debate ha entrado con profusión en la práctica forense española en las demandas que reclaman una mayor indemnización a la contienda en el art. 56 ET y, si bien, pudiera pa-

la indemnización económica el trabajador debe poder reclamar indemnización por daño moral con apoyo en los resortes legales, como por ejemplo la existencia de discriminación, y los juzgados deben poder decidir sobre la compensación (la pecuniaria y la moral) dentro de un periodo razonable de tiempo<sup>75</sup>.

El CEDS se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el aspecto referido a las indemnizaciones, fruto de la interpelación mediante el sistema de reclamaciones colectivas, llegando a indicar en relación con la normativa nacional que interpreta que el juez debe tener facultad para cuantificar la indemnización ponderando las circunstancias presentes en cada caso, para así garantizar que la indemnización adecuada y apropiada<sup>76</sup>. En este sentido para el CEDS un sistema de indemnizaciones si es compatible con la Carta siempre que prevea la compensación por las pérdidas económicas entre la fecha del despido y la sentencia del órgano que determina aquel como injustificado, contrario al art. 24 CSER, o si la previsión es la reincorporación del trabajador, o si la indemnización se fija en una cuantía que sea suficientemente elevada y permita al tiempo tanto la función disuasoria del empleador de despedir sin causa como, asimismo, repare el daño ocasionado al trabajador despedido. Exigiendo que la indemnización responda a criterios de proporcionalidad que incorporen esos dos parámetros.

Y para el CEDS no son compatibles con esas exigencias topes que impidan valorar esos dos elementos<sup>77</sup> (los límites máximos de 24 meses de la norma

recer que algunos Tribunales están abiertos y son permeables a considerar indemnizaciones superiores a la legalmente tasada en su argumentación, en sus fallos ya no, y también existe una postura ortodoxa de los órganos judiciales que considera que la indemnización legal cubre los perjuicios causados por el despido improcedente y a diferencia del ámbito civil no exige ni prueba del perjuicio causado, sino que por ley se presume y se vincula a la propia calificación del despido no ajustado a derecho, ni tampoco la restitutio in integrum. Una confrontación de las opiniones de distintos TSJ españoles puede leerse en SALCEDO BELTRÁN M.C (2022) "La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo excepcional escenario en el marco legislativo nacional", Trabajo y Derecho nº 91, pp. 5 a 6 de la versión electrónica.

<sup>75</sup> Conclusiones 2012, Eslovenia. Como aprecia LUKAS K. (2021), *cit.*, p. 292 los criterios en estos supuestos son los mismos que aplica el CEDS para los supuestos de discriminación en aplicación de otros preceptos de la Carta.

<sup>76</sup> Decisión de 8 de septiembre de 2016, Finnish Society of Social Rigths vs. Finlandia. Sobre esta decisión y las que le ha seguido véase SALCEDO BELTRÁN C. (2022), "Las indemnizaciones por despido injustificado y el art. 24 CSER: no hay dos condenas (Finlandia e Italia) sin tres (Francia)", Lex Social, vol. 12 nº 1, pp. 625 a 631.

<sup>77</sup> Así lo explica SALCEDO BELTRÁN C. (2022), "Las indemnizaciones por despido...", *cit.*, p. 630. Remitiéndose a las Conclusiones 2016, Macedonia, Conclusiones 2003 y 2016, Bulgaria, Conclusiones 2012, Albania, Conclusiones Finlandia, 2012 y 2018, Conclusiones 2016, Italia.

finesa, o de 20 meses de la legislación francesa en el contexto de sus regulaciones han sido consideradas cuantías insuficientes para la reparación). Se concluye que las indemnizaciones son admisibles como medida reparadora frente al despido injustificado pero en todo caso corresponde analizar si las cuantías cumplen con los requisitos que se establecen, si es disuasoria para el empresario y adecuada para el trabajador, y la apreciación la realiza si son suficientemente altas las indemnizaciones para reparar el daño sufrido<sup>78</sup>, y se valora el margen que tiene concedido el juez para apreciar esos dos conceptos.

Como viene indicándose el examen conjunto de indemnización adecuada y reparación apropiada que realiza el CEDS ha supuesto considerar que se vulnera el art. 24 CSER por la regulación italiana que introdujo el Decreto 23/2015 y que la propia Corte Constitucional italiana declaró contraria al art. 24 de la Carta al establecer dos mensualidades de salario de la última remuneración recibida por año de servicio<sup>79</sup>, porque en el despido injustificado corresponde al trabajador la elección entre dos opciones compensatorias del daño material (judicial o extrajudicial) topadas y se estimó que no cubren las pérdidas financieras efectivamente causadas desde la fecha del despido. El CEDS consideró que las condiciones vinculadas a esas opciones compensatorias fomentan, o no disuaden, el recurso a los despidos ilegales<sup>80</sup>. Apreció que no gozan de efecto disuasorio los procedimientos ju-

<sup>78</sup> Así en las Decisiones 160/2018 y 171/2018 Confédération Generale du Travail Force Ovrière vs. Francia.

<sup>79</sup> Sentencia de 26 de septiembre de 2018.

<sup>80</sup> Decisión de 11 de septiembre de 2019, sobre fondo, CGIL contra Italia, Reclamación nº 158/2017. También en la Decisión Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, 6 de septiembre de 2016. En este caso la Decisión adoptada y publicada el 31 de enero de 2017, sobre admisibilidad y fondo de la Reclamación 106/2014 interpuesta por Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, estimó la existencia de violación del art. 24 de la CSE y también la Decisión y reclamación nº 107/2014, de la misma fecha. El Comité recordó que en virtud de la Carta los asalariados despedidos sin motivo válido deben obtener una indemnización u otra reparación apropiada. E indicó que se consideran mecanismos indemnizatorios apropiados los que prevean: el reembolso de las pérdidas financieras sufridas entre la fecha del despido y de la decisión del órgano revisor; la posibilidad de readmisión y/o indemnizaciones en cuantía suficientemente elevada para disuadir al empleador y compensar el perjuicio sufrido por la víctima (lo que ya había indicado en las Conclusiones 2012, Turquía).

También afirmó que cualquier límite que tenga por efecto que las indemnizaciones reconocidas no guarden relación con el perjuicio sufrido y no sean suficientemente disuasivas eran, en principio, contrarias a la Carta. Y añade que el hecho de que los jueces no puedan ordenar la readmisión, aunque el art. 24 de la Carta no haga expresa referencia a la readmisión, sí se refiere a una indemnización u otra reparación apropiada. El Comité considera expresamente, y esto es lo relevante, que otra reparación

diciales contra el despido ilegal porque, por un lado, la cuantía (neta) de la indemnización por el daño material no resulta significativamente superior a la prevista en conciliación y, por otro lado, el tiempo del procedimiento aprovecha al empresario al estar topadas las mensualidades (en esa norma italiana en 12, 24 ó 36 mensualidades o reducidas a 6 mensualidades para la pequeña empresa), para el CEDS la compensación con el paso del tiempo llega a ser inadecuada al ponerla en relación con el perjuicio sufrido. Concluye que no se ofrece al trabajador en la vía alternativa a la judicial, la posibilidad de reparación más allá del tope legalmente previsto, tampoco la conciliación en esa regulación permite en todos los supuestos de despido injustificado obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasorio del despido ilegal.

El CEDS pone el acento en el concepto de reparación adecuada en estos tres elementos: la reparación ha de responder al principio de proporcionalidad, debe siempre vincularse con el perjuicio sufrido e, incluyendo un elemento típico del derecho para el logro de la efectividad de las sanciones<sup>81</sup>, ha de ser disuasoria de la conducta ilegal<sup>82</sup>.

---

apropiada debe incluir la readmisión como uno de los modos de reparación de los que las jurisdicciones internas pueden disponer (ya lo había indicado anteriormente en las Conclusiones 2003, Bulgaria). La posibilidad de acordar este medio de reparación reconoce la importancia de reincorporar al asalariado en una situación de empleo no menos favorable que la que anteriormente lucraba. Del mismo modo apuntó que corresponde a las jurisdicciones internas decidir si la readmisión es apropiada en cada caso concreto (en España, por ejemplo, nuestra norma procesal regula el incidente de no readmisión art. 280 a 284 LRJS, que también contempla los supuestos de readmisión irregular). El Comité también recuerda haber considerado de manera constante que la readmisión debe estar prevista como modo de reparación en virtud de numerosas otras disposiciones de la Carta, tal como la interpreta el Comité, con amparo en los arts. 1.2 ú 8.2.

<sup>81</sup> De sus dos efectos, afectivo y ejemplificativo.

<sup>82</sup> Decisión de 11 de septiembre de 2019, publicada el 11 de febrero de 2020, Reclamación nº 158/2017 formulada por la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia. En esta reclamación el Sindacato demandante impugna la reforma laboral que fue adoptada mediante Decreto Legislativo 23/2015 por entender que violaba el art. 24 CSER, al haberse establecido un mecanismo compensatorio “preestablecido” que no permite a las víctimas de despidos ilegales obtener por la vía judicial interna una reparación adecuada con relación al perjuicio sufrido y disuasiva para los empleadores en la medida en que la indemnización está predeterminada (tasada) y topada y su monto está fijado de manera estrictamente automática en función del único criterio de la antigüedad en la prestación de servicios (y el salario). Aunque este último extremo cambió durante la tramitación de la reclamación al haberse producido el Fallo 194/2018 de la Corte Constitucional Italiana de 26 de septiembre de 2018 declarando precisamente inconstitucional la norma por aplicación del art. 24 de la CSE, concretamente la inconstitucionalidad afectó al inciso de la normativa interna que establecía un

En relación con la reparación adecuada para el CEDS, como ya se ha anticipado, debe incluir la readmisión<sup>83</sup>, considerada como un modo de reparación que establezcan las legislaciones nacionales (siendo éstas las que pueden disponer, léase contemplar, esta respuesta). Así se nos recuerda que la reintegración supone dotar de relevancia a la readmisión en una situación de empleo no menos favorable que la anterior al despido. Y el control del cumplimiento de estas exigencias le corresponde a la jurisdicción nacional

---

montante igual a dos mensualidades de la última remuneración de referencia a los fines del cálculo del importe TFR, por año de servicio. Para sus apreciaciones el CEDS tras recordar los argumentos antes transcritos de su Decisión de 6 de septiembre de 2016, referente a Finlandia, estima, también, en el caso de Italia, la existencia de vulneración del art. 24, apuntando literalmente: “Sin embargo, constata que en caso de despido ilegal (diferente del discriminatorio, nulo, comunicado oralmente o sustancialmente infundado) corresponde a la víctima la elección entre dos opciones compensatorias del daño material —judicial o extrajudicial— que están topadas y no cubren las pérdidas financieras efectivamente causadas desde la fecha del despido. El Comité considera que las condiciones que se vinculan a cualquiera de estas dos opciones compensatorias, sin embargo, fomentan o al menos no disuaden del recurso a los despidos ilegales. Los procedimientos judiciales no tienen un verdadero efecto disuasorio contra el despido ilegal en la medida en que, de una parte, el monto neto de la indemnización por daño material no es significativamente superior a la prevista en caso de conciliación y, de otra, la duración del procedimiento aprovecha al empleador, visto que la indemnización en cuestión no puede exceder las cuantías preestablecidas (topadas a 12, 24 o 36 mensualidades, según los casos, 6 para las pequeñas empresas) y la compensación con el paso del tiempo llega a ser inadecuada con relación al perjuicio sufrido. En cuanto a las vías de impugnación evocadas por el Gobierno italiano, el Comité constató la ausencia de elementos concluyentes sobre el hecho de que permitan efectivamente obtener una indemnización complementaria de manera generalizada. A la vista de estos elementos, el Comité finalmente apreció en el caso que ni las vías de derecho alternativas ofrecen al trabajador víctima de despido ilegal una posibilidad de reparación más allá del tope previsto por la ley en vigor, ni el mecanismo de conciliación, tal como como está establecido en las normas impugnadas, permiten en todos los casos de despido sin motivo válido obtener una reparación adecuada, proporcional al perjuicio sufrido y de carácter disuasorio del recurso a los despidos ilegales.

<sup>83</sup> Nuevamente Decisión de 6 de septiembre de 2016 Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, Reclamación nº 106/2014. Así también SALCEDO BELTRÁN C. (2022), “Las indemnizaciones por despido...”, *cit.*, p. 630, para la autora el art. 56 ET al contener la opción prioritaria al empresario considera que no cumple con la CSER porque considera que la forma de reparación frente al despido injustificado, entre indemnización o readmisión, debe ser una facultad que ejerce el juez, decidiendo la solución más oportuna en cada caso. No compartimos que de la CSER derive en todo caso, y para cualquier legislación, sin atender a la regulación nacional (que el caso francés se la concede al órgano judicial) una facultad judicial. Pero seguramente se planteará —más pronto que tarde— esta cuestión y el CEDS tendrá que decidir sobre la acomodación de nuestro art. 56 ET en este punto a los postulados del art. 24 CSER.

para cada caso concreto. Por otro lado, se indicará —y por tanto hay que tener en cuenta— que la readmisión está presente en otros artículos de la Carta, con apoyo en el art. 1.2 y 8.2, siendo en estos casos el modo de reparación de la lesión producida.

### 3. TODOS LOS TRABAJADORES TIENEN DERECHO A LA TUTELA DE SUS CRÉDITOS LABORALES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPLEADOR (ART. 25 CSER)

#### 3.1. *Consideraciones generales*

En el art. 25 la protección que ofrece la Carta se proyecta ante posibles situaciones de insolvencia empresarial con una finalidad clara para garantizar el pago de los créditos impagados. Ha sido una tradición en los ordenamientos jurídicos europeos la creación de fondos públicos, sostenidos con aportaciones empresariales, que hagan frente a esta realidad de la empresa<sup>84</sup>, permitiendo a los trabajadores el cobro de las deudas laborales impagadas (salarios e indemnizaciones, de al menos una parte garantizada) y que ello se realice de manera ágil. Del mismo modo la institución o el mecanismo alternativo permite no dilatar en el tiempo el abono de deudas salariales, evitando que el trabajador se vea inmerso en procedimientos judiciales y que tras esas reclamaciones al tratarse de insolvencias empresariales finalmente no se logre el pago de las deudas laborales, es decir, que tras seguir un largo proceso judicial no se obtenga la satisfacción del derecho reconocido, ni el consiguiente abono de la deuda. Se persigue tanto garantizar el cobro como que éste se produzca en un tiempo razonable.

El precepto que comentamos no ha generado una extensa ‘jurisprudencia menor’ del CEDS, probablemente porque todos los Estados parte del Consejo de Europa cuentan con una protección significativa que supera, en la mayoría de los casos, los mínimos exigidos en la Carta en aras a la tutela de los créditos laborales de los trabajadores en casos de insolvencia, concurso o quiebra empresarial o quizás, porque, precisamente por su redacción, las exigencias (de mínimos) de la CSER facilitan el sencillo cumplimiento a los

<sup>84</sup> En España el FOGASA nace con la Ley 16/1976 de Relaciones Laborales, y desde sus inicios se concibe como un fondo público de solidaridad capaz de garantizar, ante situaciones de crisis empresariales, la percepción de salarios adecuados e indemnizaciones no satisfechas precisamente por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las Empresas.

Estados que han ratificado el precepto. La exigencia de la CSER pasa por la constitución de la institución de garantía, pero, también, pueden cubrirse mediante otro medio siempre que cumpla el calificativo de efectividad —implica obtener el abono efectivo de los créditos laborales—.

Además, las otras normas internacionales que garantizan este mismo derecho gozan de importante aceptación. Así el Convenio nº 173 de la OIT, de 1992 sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, determinó los estándares a seguir en estas cuestiones. Las garantías internacionales pivotan sobre dos aspectos, el primero de ellos la protección del trabajador ante la insolvencia empresarial, que abarca los salarios, pero no sólo estos también frente a algunas indemnizaciones derivadas de la relación laboral, el segundo punto se centra en la prioridad del crédito salarial o laboral frente a otros acreedores del empresario, lo que en el derecho español denominamos los privilegios salariales —preferencia de cobro frente a otros acreedores del empresario (deudor) distintos de los trabajadores—. Los dos mecanismos de protección aparecen recogidos en la Carta, tanto la institución o sistema de garantía como el privilegio salarial, se deduce y observa en el anexo interpretativo más que en la literalidad del art. 25 CSER.

En el marco europeo el acervo comunitario también cuenta con una Directiva que protege precisamente frente a estas insolvencias, actualmente vigente en su versión codificada, Directiva 2008/94/CE relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, cuya regulación original data de 1980<sup>85</sup> y además por su *longevidad* cuenta con una profusa respuesta del TJUE respecto a su ámbito de aplicación y otros aspectos.

Este art. 25 se introdujo también en el texto revisado de la Carta y, como hemos comentado y al igual que otros preceptos, su regulación se inspira en la normativa internacional preexistente, tanto el Convenio nº 173 de la OIT como en la aludida Directiva comunitaria 1980/987. La legislación nacional conforme a su legislación y práctica determinará la situación de insolvencia, así figura en el anexo que clarifica el contenido del artículo. No obstante, debe incluir en todo caso situaciones en las cuales se hayan abierto procedimientos relativos respecto del empresario y sus bienes para un reembolso colectivo de sus acreedores o aquellas situaciones en las que las reclamaciones de los trabajadores no pueden ser abonadas por causa de la situación financiera de los empresarios<sup>86</sup>.

<sup>85</sup> Momento en el que se aprobó un paquete de Directivas comunitarias ante situaciones de crisis empresarial, en este caso la Directiva 80/987/CEE

<sup>86</sup> Así figura en el informe explicativo de la CSER de 3 de mayo de 1996.

La Carta se centra en garantizar la existencia de un organismo capaz de responder en los casos de insolvencia empresarial (que es la respuesta típica de los ordenamientos europeos continentales, el FOGASA en España), pero también prevé que pueda ser otro el instrumento o medio que los Estados regulen como mecanismo efectivo de protección de los créditos de los trabajadores ante las situaciones de insolvencia empresarial o quiebra de la empresa. Como ya hemos apuntado no se descarta así que en vez de una institución se elija por el Estado el aseguramiento de los créditos mediante compañías de seguros (que deberán recoger las cauciones específicas y garantizar el abono).

### *3.2. La protección frente a insolvencias empresariales y la interpretación del CEDS*

El contenido del derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos laborales en caso de insolvencia de su empleador aparece redactado del siguiente modo en la versión española:

*"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador, las Partes se comprometen a que los créditos de los trabajadores derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales sean garantizados por una institución de garantía o por cualquier otro medio efectivo de protección".*

El anexo de la Carta revisada sobre este precepto delimita sus criterios interpretativos. En primer lugar, como sucede en las legislaciones nacionales, y también permite excluir de esta protección a determinados trabajadores, pero la exclusión exige el proceso de consulta previa con los agentes sociales y tiene que estar motivada en la especial naturaleza de su relación laboral<sup>87</sup>. Los ordenamientos no suelen reconocer esta protección a los empleados públicos aún con contrato de trabajo —bajo la presunción de que

<sup>87</sup> De este modo la legislación española vino excluyendo de la protección del FOGASA a determinadas RLE (hasta septiembre de 2022 quedaban fuera quienes prestaban sus servicios en el hogar familiar, pero la reciente reforma del RD 505/1985 operada por RD-Ley 16/2022 ha incluido en su protección a estos trabajadores en los casos de insolvencia o concurso de las empleadoras) pero también a quienes en su protección social y concretamente en los Regímenes de Seguridad Social figuran como asimilados a trabajadores por cuenta ajena pero no tienen esta condición, es el caso de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y otros excluidos de esta protección pese a permitirles su inclusión de protección y encuadramiento en el RGSS o en el RETMar como asimilados por cuenta ajena.

el Estado no será insolvente<sup>88</sup>— pero tampoco a los altos cargos o por motivos de la duración temporal del contrato —práctica esta última como veremos contraria al mandato de la Carta— o en atención al desempeño de las funciones del trabajador. El CEDS ha considerado contrario a la Carta la exclusión de trabajadores que trabajaron menos de un año para el mismo empresario<sup>89</sup>, o la exclusión de quienes trabajan a tiempo parcial o bajo contratos temporales o para los trabajadores en misión contratados por ETT mediante contratos temporales<sup>90</sup>.

El objeto de protección se deja en manos de cada Estado, ya que el concepto de insolvencia es el que delimitan las leyes y prácticas nacionales. El precepto no exige únicamente la existencia de un organismo que garantice la insolvencia empresarial, los Estados gozan de un margen de discrecionalidad para decidir cómo tutelar los créditos laborales en caso de insolvencias empresariales, para el CEDS el precepto no requiere en todo caso la existencia de un organismo que garantice a los trabajadores la percepción de los salarios y otros créditos a causa de la insolvencia empresarial<sup>91</sup>, respetando como en otros preceptos —y quizás más en este caso— las decisiones internas de cada país siempre que cumplan la finalidad de garantía del crédito laboral, sin instar la creación de instituciones ad hoc (a diferencia de la normativa comunitaria y de la tradición normativa de los países europeos continentales más occidentales que cuentan con organismos públicos que cubren y tutelan a los trabajadores frente a estas situaciones de insolvencia y crisis empresarial). Por lo que, aunque no sea lo habitual, no se descarta la posibilidad de la opción legislativa del aseguramiento de estos créditos laborales siempre que se cumplan las exigencias del art. 25 CSER, como otro medio efectivo de protección. Y, por supuesto, permite combinar esta institución que garantiza el pago de los salarios con la regulación (también

<sup>88</sup> Así sucede en España, que no se garantiza, ni aporta por las Administraciones Públicas al fondo cuando de trabajadores a su servicio se trata, equiparándoles en este trato al funcionario público, y así en la ratificación del Convenio nº 173 de la OIT aceptó las obligaciones de las partes II (excluye a los empleados públicos) y III (excluye al personal de trabajo doméstico, esta última como hemos indicado sí queda protegida desde el RD-Ley 16/2022). El informe explicativo de la Carta permite excluir a los trabajadores de la función pública pero parece que se refiere a funcionarios públicos.

<sup>89</sup> Conclusiones 2012, Turquía.

<sup>90</sup> Observación interpretativa/Conclusiones 2008, en las declaraciones interpretativas del art. 25 CSER. Por lo tanto, la posibilidad que reconoce el anexo de excluir a trabajadores sólo cabe en atención a la especial naturaleza de la relación laboral y esta debería justificarse. Y además se afirma que la decisión de exclusión por los Estados no es absoluta, cada una de ellas será sometida a escrutinio por el CEDS.

<sup>91</sup> Conclusiones 2016, Serbia.

habitual en los ordenamientos europeos) de los privilegios salariales, que igualmente limitarán los montantes garantizados, pero siempre que se respeten los criterios fijados en el anexo de la Carta sobre el sistema de créditos privilegiados. Ello permite que en cada Estado se determinen y se limite la protección de las reclamaciones de los trabajadores frente a los créditos laborales a unas cantidades establecidas, siempre que éstas respondan a un nivel socialmente aceptable<sup>92</sup> y respete los criterios mínimos que cubre y garantiza el propio art. 25 CSER.

El CEDS ha considerado respecto de Estonia que la garantía limitada temporalmente a un máximo de tres veces el salario del trabajador que, además, no exceda en su cuantía de tres veces el salario mínimo mensual es conforme a la Carta<sup>93</sup>. Por otro lado, se ha interpretado que la fijación sólo de un sistema de privilegios salariales no puede considerarse una forma efectiva de protección en cumplimiento del art. 25 de la CSER<sup>94</sup>, por lo tanto, la regulación de privilegios no es suficiente, la exigencia de la Carta para tutelar a los trabajadores es la de una institución que garantice el cobro y cuando sea mediante otro medio o sistema de protección, ha de ser efectivo para la finalidad perseguida que no sólo es la protección del crédito salarial (u otro crédito) sino garantizar el cobro del mismo ante la insolvencia del empresario, esto es, la efectividad real del derecho reconocido.

De ello puede extraerse que, a diferencia de otras normas internacionales, la Carta Social persigue principalmente garantizar los créditos adeuda-

<sup>92</sup> Así se indica en el parágrafo 4º del art. 25 que contiene el anexo explicativo de la CSER. Por ejemplo, en España esta limitación en referencia a los salarios para su abono por el FOGASA se realiza actualmente en un importe de 2 veces el smi diario y con un máximo de 120 días, art. 33.1 ET, en el caso de indemnizaciones también se fijan limitaciones a esta protección con el límite nuevamente de 2 veces el smi y la delimitación temporal en días en atención —en la mayoría de los supuestos— a la cobertura de la indemnización de que se trate (despido, traslado, modificación sustancial de condiciones de trabajo o la establecida por la finalización de los contratos temporales).

<sup>93</sup> Conclusiones 2008, Estonia.

<sup>94</sup> Esta es una aportación importante de la Carta a diferencia del Convenio nº 173 OIT que permite que unos Estados ratifiquen su parte II, la protección del crédito salarial mediante un privilegio para que a los trabajadores se les pague con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados del empresario puedan cobrar la parte que les corresponda, y otros su parte III, esto es la protección de los créditos laborales por una institución de garantía, aunque haya países como España, Portugal Alemania, y Suiza que ratifican las dos partes. Sin embargo, la mayoría de los 21 Estados que han ratificado ese convenio, desde que 1994 se abrió a la firma, optan por un mecanismo o por otro.

dos a los trabajadores y los privilegios salariales por sí solos no son capaces de atender a esta obligación<sup>95</sup>.

Además se ha indicado que si los privilegios en la protección de los créditos salariales u otros créditos laborales de los trabajadores se clasifican por debajo de la protección de los créditos hipotecarios, o de ejecuciones hipotecarias de la propiedad y del costo de la quiebra no se cumple por el Estado el requisito de medio de protección efectiva que exige la Carta<sup>96</sup>. No quedan cubiertos o no alcanza los requisitos requeridos por el art. 25 CSER. Así mismo el CEDS ha interpretado que sólo puede proporcionarse la protección efectiva en los casos de apertura de procedimientos formales de insolvencia, pero no cuando se produce en una situación en que el empresario ya no tiene activos y en estos supuestos se exige a los Estados parte que establezcan mecanismos alternativos para que garanticen la tutela de los créditos laborales de los trabajadores frente a los empresarios insolventes<sup>97</sup>. A fin de cuentas, ya hemos hecho notar que para el CEDS no es suficiente el mecanismo de los privilegios salariales porque lo verdaderamente relevante es la existencia, o de una institución de cobertura, o de un sistema, que garantice el abono de los créditos, porque los privilegios por sí solos cuando la empresa carece de activos o de bienes —o siendo estos insuficientes— no es una prerrogativa eficaz (a los fines del derecho garantizado).

También ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tiempo para el cobro de los créditos al interpretar el CEDS que si la transferencia a los trabajadores supera los once o doce meses es una espera excesiva<sup>98</sup>, y exige que el tiempo para recibir esos créditos sea de una duración razonable. Por lo tanto, hay que estar atentos a que no sea excesiva ni dilatada en el tiempo la fase administrativa que trascurre entre la solicitud y el pago del crédito<sup>99</sup>, o la judicial. No conviene perder de vista que las garantías salariales que protege el precepto persiguen que el trabajador pueda atender a sus necesidades, y para ello la limitación en el tiempo en la resolución del derecho, reconocimiento y abono del crédito es esencial.

<sup>95</sup> De ahí que se pueda sostener que la implantación del privilegio salarial por sí sólo no es capaz de dar respuesta a la obligación contenida en el art. 25 CSER si no va acompañada de la debida protección del crédito salarial cuando su abono no pueda ser efectuado por el empleador precisamente por su situación de insolvencia.

<sup>96</sup> Conclusiones 2003, Bulgaria.

<sup>97</sup> Conclusiones 2012, Albania.

<sup>98</sup> Conclusiones 2012, Bélgica y Lituania, respectivamente.

<sup>99</sup> Y sobre esta cuestión quizás España en algunos períodos no cumpla, el simple acercamiento a las estadísticas del FOGASA de los últimos años nos alertan de ello, de la demora en el pago.

Si se recalca en la concreción y aclaraciones del anexo a la CSER se comprende que, cumpliendo con los requisitos del art. 25 CSER, las Decisiones del CEDS o las apreciaciones interpretativas adoptadas en las Conclusiones respecto de los Estados hayan sido, hasta la fecha, escasas a la vista de la superación de los estándares mínimos por las legislaciones nacionales de los Estados parte del Consejo de Europa que delimita este texto internacional. Pues si bien el precepto es invocado con relativa frecuencia<sup>100</sup>, son limitadísimas las ocasiones en que se ha pronunciado el CEDS, y casi siempre respecto de países de la antigua Europa del este (Bulgaria, Albania, Serbia, Estonia, Lituania) o Turquía.

No obstante, las garantías y sus coberturas mínimas son las que sí se fijan con detalle y su extensión —así lo dispone el anexo de la CSER—, comprendiendo: (1) los créditos salariales de al menos tres meses en un sistema de créditos privilegiados (90 días), mientras que las garantías ordinarias alcanzarán hasta 8 semanas (56 días). Aquí habrá que ir escudriñando qué abarca el crédito privilegiado (al margen de cómo deba realizarse su ejecución, separada o no de otros créditos). También se delimita el momento al cuál afectan los créditos que son los anteriores a la insolvencia o a la cesación de la relación laboral. (2) Se recogen en el concepto (créditos en caso de insolvencia del empresario) los descansos en tanto que estos forman parte de los salarios y deben ser remunerados, pero se refiere el texto de la CSER a concretos descansos: crédito por vacaciones pagadas devengadas que sean resultado del trabajo realizado en el año en que se produzca la insolvencia o la cesación de la relación laboral, y también los créditos por importes debidos por otros permisos remunerados por un periodo que no puede ser inferior a tres meses si la garantía es de crédito privilegiado y de 8 semanas en los restantes créditos<sup>101</sup>. Tanto en el

<sup>100</sup> Con invocación de este precepto (pero no solo) existen varias resoluciones pendientes que se refieren a Francia: Decisión Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube v. Francia, Complaint No. 181/2019, Decisión CFDT Meuse Metallurgy v. Francia, reclamación nº 182/2019, Decisión CGT YTO Francia v. Francia, reclamación nº 183/2019, Decisión Syndicat CGT Ford Aquitaine Industrie v. Francia, reclamación nº 184/2019, Decisión CFDT Meuse Metallurgy v. Francia, queja nº 182/2019. Por el momento hasta que se resuelvan estos asuntos, no hay jurisprudencia menor del CEDS sin haberse pronunciado en ninguna decisión de fondo sobre el precepto.

<sup>101</sup> Los mínimos temporales que fija la Carta son los mismos que aparecen en los arts. 6 (para los créditos protegidos mediante privilegios salariales) y 12 (para los créditos protegidos por la institución de garantía) del Convenio nº 173 OIT.

caso de vacaciones como de permisos siempre anteriores a la insolvencia o a la cesación de la relación laboral.

Se permite a las legislaciones nacionales (leyes o reglamentos) limitar la protección de los créditos laborales a un importe determinado, lo que tradicionalmente suele hacerse utilizando algún indicador de referencia en las legislaciones laborales, pero esa limitación debe cumplir el requisito de alcanzar un nivel socialmente aceptable (por ejemplo, en España para estas garantías el referente utilizado viene siendo el salario mínimo interprofesional).

La regulación del art. 25 CSER, ciertamente abierta, ofrece a los Estados un amplio margen en la protección a los trabajadores. Como ya se ha indicado precisamente el anexo de la Carta revisada prevé que sean las legislaciones nacionales o sus prácticas las que definan qué se entiende por insolvencia empresarial, el CEDS ha indicado al respecto que la protección se proyecta tanto sobre insolvencias declaradas sobre los bienes del empresario, esto es, cuando la insolvencia ha dado lugar al correspondiente procedimiento formal para lograr el reembolso a los acreedores —declaración de concurso o de quiebra— pero también cuando las situaciones de crisis del empresario son insuficientes para justificar la apertura de estos procedimientos<sup>102</sup>. Así las situaciones de insolvencia no sólo son las formalmente contempladas por la legislación (mercantil) sino todas aquellas en que conlleven una insolvencia empresarial en la que, a su vez, se constate la falta de pago a los trabajadores por causa de insolvencia del empleador.

#### 4. DERECHO A INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE DESPIDO COLECTIVO (ART. 29 CSER)

##### 4.1. Consideraciones generales

El art. 29 CSER prevé cuestiones concernientes a los trabajadores en relación al reconocimiento del derecho que éstos tienen a ser informados

<sup>102</sup> Conclusiones 2012, Albania. O cuando se esté ante circunstancias en que se generan deudas frente a los trabajadores que no pueden ser atendidas por razones de insuficiencia financiera de la empresa, así también, SALCEDO BELTRÁN M.C (2022) "La Carta Social europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo excepcional escenario en el marco legislativo nacional", Trabajo y Derecho n° 91, p. 7 de la versión electrónica.

y consultados en los procedimientos de despido colectivo a través de sus representantes. El precepto se redacta de una manera clara y se ciñe a fijar un procedimiento de consulta. No ha presentado, por el momento<sup>103</sup>, problemas de cumplimiento por los Estados parte, la mayor parte cumple con los requisitos del artículo, al menos en el último seguimiento y evaluación realizada en el año 2018<sup>104</sup>. Sin embargo, son pocos los Estados del Consejo de Europa que han ratificado el precepto. La diversidad de causas expuestas puede ser la razón que el CEDS no haya tenido ocasión de desarrollar ‘jurisprudencia menor’ respecto de este Derecho a la información y consulta en los casos de despido colectivo. Pero también es muy probable que la litigiosidad ante estos incumplimientos de falta de información y consulta, que no son infrecuentes<sup>105</sup>, quede solventada y remediada en procesos judiciales internos sin necesidad de acudir a instancias internacionales, ni consiguientemente al CEDS.

Como ya se ha apuntado anteriormente el artículo que ahora comentamos se refiere a los despidos colectivos y a diferencia del art. 24 CSER, centrado en el despido individual, las referencias cruzadas con las normas de la Unión europea son mucho mayores y están dentro de su ámbito de aplicación<sup>106</sup>, ya que en este caso sí encontraremos históricas Directivas comunitarias que desarrollan la protección de los trabajadores que se vean

<sup>103</sup> Téngase presente que el último Digesto publicado evalúa hasta el año 2018.

<sup>104</sup> Digesto 218, parágrafo 218.

<sup>105</sup> La falta de cumplimiento de las exigencias de información y consulta, en España se aprecia al inobservar el proceso de consultas de despidos colectivos acudiendo a despidos de hecho, con desconocimiento absoluto del trámite de consultas por parte del empresario, pero también cuando el cumplimiento es meramente formal y se desatiende a los principios de la buena fe negocial, bien porque no se negocia realmente durante el periodo de consulta-negociación no habiendo intercambio de propuestas que cumplan los dos fines de evitación del despido o reducir el número de afectados, por encrocamiento de las partes que impide considerar que hubo negociación, por bloqueos negociadores, o también porque no se informa de la situación real de la empresas, o bien porque no se informa lo suficiente, sin aportar la documentación necesaria. En la legislación española se exige a “*las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo*”, y también se fija el contenido de ese periodo de consultas “*deberá versar, como mínimo, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias (...)*”.

<sup>106</sup> También la Carta comunitaria de los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores, adoptada en la reunión del Consejo Europeo de Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989 al referirse a la información, consulta y participación de los trabajadores expresamente exigía que se desarrollase en procedimientos de despido colectivo, predicando la característica de realización en tiempo hábil.

inmersos en despidos colectivos y que, por lo tanto, gozan de una larga interpretación por parte del TJUE, constante y profunda<sup>107</sup>.

En el paquete de Directivas aprobadas dentro de programa de acción social frente a las crisis empresariales fraguadas a partir de 1973 y 1974 encontró su germen la Directiva comunitaria que se encarga de regular estas cuestiones de información y consulta antes de adoptarse decisiones empresariales de despido colectivo, con una clara finalidad la protección a los trabajadores en caso de despidos colectivos, su actual regulación está compilada en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, disposición que fue precedida por la Directiva 75/129/CEE y otras posteriores que la sucedieron (modificando el texto original, como por ejemplo la Directiva 92/56) siendo codificada precisamente en 1998 para refundir en un único texto los sucesivos cambios acontecidos fruto de la incorporación de reglas más precisas relativas al procedimiento de los despidos colectivo y también para exigir concretas medidas capaces de atenuar las consecuencias de estos despidos así como de la interpretación del TJUE. La norma comunitaria es, sin duda, el principal precedente del art. 29 CSER pero como ya se puede presumir su alcance es mucho menos ambicioso que aquella.

También en el contexto internacional el Convenio de la OIT nº 158 de 1982 al que ya nos hemos referido en este capítulo aborda cuestiones relacionadas con el despido que se proyectan sobre el despido colectivo, no olvidemos que se trata de un texto que contempla la terminación de la relación laboral de manera global y regula la terminación de la relación de trabajo cuando es tomada por iniciativa del empleador, debiendo existir causa justificada cuando la decisión se funda en necesidades de funcionamiento de la empresa. Del mismo modo el Convenio de la OIT nº 135 de 1971 sobre los representantes de los trabajadores contiene algunas cuestiones que sirven de inspiración en materia de los derechos de información y consulta para el surgimiento definitivo del art. 29 CSER. Aunque las normas de la OIT no recalcan en particular en el despido colectivo, a diferencia de la nor-

<sup>107</sup> Por ejemplo, su aplicación a despidos colectivos resultantes del cese de actividades del establecimiento declarado por una decisión judicial o clarificación en las reglas de cálculo para fijar el número de despidos previsto en la definición de despidos colectivos asimilando a los despidos otras formas de extinción del contrato de trabajo efectuadas por iniciativa del empresario —siempre y cuando los despidos sean como mínimo cinco— o su aplicación tanto la decisión relativa de los despidos colectivos fue tomada por el empresario o por una empresa (o grupo) que ejerza el control sobre aquél.

mativa de la Unión europea a la que nos hemos referido. No obstante, al redactarse el texto revisado de la CSE el propio informe explicativo de la Carta revisada en 1996 remite a la influencia que tiene en su adopción tanto los dos Convenios de la OIT antes mencionados (nº 158 y nº 135) como la Directiva comunitaria de aproximación de legislaciones de los Estados miembros sobre despidos colectivos, estando entonces vigente el texto modificado por la Directiva 92/56 de la Directiva 75/129.

La finalidad perseguida al introducir este texto es la de reducir y hasta evitar (si ello fuera potencialmente viable), en la medida de lo posible el despido colectivo, así como mitigar sus consecuencias cuando estas decisiones extintivas son adoptadas, por ello, se exigirá que se contemplen acciones o medidas sociales que ayuden a la recolocación o reconversión de los trabajadores afectados, como un ejemplo de actuación que reduzca las consecuencias sobre el empleo de los despidos colectivos. Las medidas no deben implicar sólo al empresario, sino que forman parte de la responsabilidad del Estado dentro de su política de empleo (entendida esta ya no sólo como la consecución de un primer empleo sino la atención al desempleado mediante la recolocación, y otras acciones que permitan la reconversión de los trabajadores —denominados excedentes— hacia sectores productivos necesitados de mano de obra). Y es obvio que la política de empleo no puede ser considerada aisladamente sino ligada con la propia política económica mirando desde ella también al empleo (para alcanzar niveles elevados de empleo).

#### *4.2. Las obligaciones empresariales de información y consulta previas a la efectividad de los despidos colectivos y su interpretación por el CEDS*

La redacción del precepto de la CSER es la siguiente:

*"Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados."*

El artículo 29 CSER establece el deber del empresario de informar y consultar con los representantes de los trabajadores los despidos colectivos que pretende realizar y el objeto de dicha consulta (posibilidades de evitar o reducir el número de despidos, así como las medidas que se llevarán a efec-

to para aminorar sus consecuencias, con incidencia en el empleo —de ahí que ejemplifique con acciones que persigan, bien la recolocación de los trabajadores afectados por los despidos colectivos, bien la reconversión para sustituir el empleo que se destruye por la creación de nuevos empleos—).

Se trata, y así lo ha manifestado el CEDS, de un proceso de diálogo social entre el empleador y los representantes de los trabajadores que ha de versar sobre la limitación de los despidos (en número) o si fuera posible su evitación así como de atenuar sus efectos<sup>108</sup>.

La información exige dar a conocer al inicio del proceso de diálogo toda la documentación relevante sobre las causas para proceder a los despidos colectivos, las medidas sociales que se llevarán a efecto o que se programan, los criterios de selección de los trabajadores que serán despedidos y el propio orden de los despidos<sup>109</sup>, por supuesto se podrán incluir las medidas sociales que se proponen o en su caso la mejora de la indemnizaciones o medidas de flexibilidad interna que puedan limitar el número final de afectados.

La consulta debe llevarse a efecto en la práctica, no es posible que sea sólo una mera formalidad<sup>110</sup>. Es un proceso de diálogo, debe existir un intercambio de propuestas y contrapropuestas, pero no de negociación (en su sentido estricto), simplemente una consulta (o si se prefiere —como indica la doctrina— un proceso de consulta-negociación), ya que el Comité ha indicado que no se requiere que se alcance un acuerdo por las partes<sup>111</sup>, como así acontece en la mayoría de los ordenamientos laborales de los Estados parte del Consejo de Europa en la actualidad, siendo una facultad empresarial la decisión de los despidos colectivos<sup>112</sup>.

<sup>108</sup> Observación interpretativa/Conclusiones 2003, sobre la interpretación del art. 29 CSER. Las normas nacionales delimitan sobre este proceso de consultas aspectos tales como su duración y contenido al objeto de alcanzar esos propósitos (evitar o limitar los despidos y atenuar sus consecuencias), véase por ejemplo en el caso español el art. 51.2 ET, fijándose 30 o 15 días de consultas, según las dimensiones de la empresa y se ejemplifican medidas tales como: recolocación, acciones de formación o de reciclaje profesional para conseguir mejorar la empleabilidad futura de los despedidos o la exigencia explícita de diseñar un completo plan de recolocación externa (que incluya medidas de formación, de orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo) en caso de que el despido afecte a más de 50 trabajadores, art. 51.9 ET.

<sup>109</sup> Observación interpretativa/Conclusiones 2003, sobre la interpretación del art. 29 CSER. Conclusiones 2007, Suecia.

<sup>110</sup> Nuevamente el Digesto en su redacción de 2018 respecto a la interpretación de este precepto, parágrafo 218.

<sup>111</sup> Sin perjuicio de que en algunos contextos la decisión deba ser validada o hasta autorizada como sucede todavía en España en el caso de despidos colectivos en empresa concursadas, al amparo de las disposiciones especiales de la Ley concursal.

La exigencia normativa es la consulta, no siendo suficiente con la notificación del despido colectivo a los trabajadores afectados por la medida, la particularidad del despido colectivo por su afectación no sólo a las concretas relaciones laborales individuales sino por su impacto en el empleo de la empresa, del sector y también sobre una localidad o zona geográfica concreta afectada por los despidos colectivos, para mitigar su impacto y lograr recolocaciones y permitiendo anticipar medidas sociales<sup>113</sup>. Y por la necesidad de atender de manera temprana a la amortización de los puestos de trabajo para, bien, evitar los despidos —para lo que será necesario aportar medidas de flexibilidad laboral interna—, o bien, reducir sus efectos. Pero no es acorde a la Carta sólo notificar los despidos a los trabajadores o a sus representantes sin cumplir con el trámite de la información y consulta<sup>114</sup>, porque en este caso no es suficiente esa notificación, no ofreciendo la información útil e incumpliendo la exigencia de la anticipación pertinente.

La información y consulta oportuna a que se refiere el art. 29 CSER exige de suyo anticipación. Es necesario que se lleven a efecto los derechos de consulta reconocidos, que se ejerzan en la práctica. El CEDS ha llegado a señalar también que, cuando los empleadores no cumplen con sus obligaciones, debe haber alguna posibilidad de recurrir a los órganos labores administrativos o judiciales antes de que se efectúen los despidos colectivos, para así garantizar que no sean efectivas las extinciones contractuales antes de que se cumpla el requisito de la consulta<sup>115</sup>, que se desarrolle el

---

<sup>113</sup> Aún no ha habido pronunciamientos de fondo sobre el precepto, si están pendientes reclamaciones colectivas pues con invocación de este precepto (pero no en exclusiva sino alegado junto con otros) han sido admitidas varios casos pendientes de resolución: Decision Syndicat CFDT général des transports et de l'environnement de l'Aube v. France, Complaint No. 181/2019; Decision CFDT Meuse Metallurgy v. France, Complaint No. 182/2019; Decision CGT YTO France v. France, Complaint No. 183/2019.

<sup>114</sup> Conclusiones 2014, Georgia.

<sup>115</sup> Conclusiones 2007, Suecia, que por un lado admite las indemnizaciones por el incumplimiento de las consultas cuando se reclama el daño moral por la parte sindical, pero por otra exige que para atender a las consecuencias del desconocimiento del periodo de consultas debe regularse la posibilidad en vía administrativa o judicial y antes de la efectividad de los despidos, que estos no sean llevados a efecto precisamente por desconocerse el procedimiento y el periodo de consultas. Nuevamente en el año 2014, Suecia. Reflexionando sobre la normativa española si bien puede entenderse que existen vías para resolver estas cuestiones, si nos fijamos en la regulación del despido colectivo arts. 51 ET y 124 LRJS son vías a posteriori, por lo que no cumplirían con esta exigencia, pese a que también hemos de afirmar que los representantes de los trabajadores puedan plantear en cualquier momento un conflicto colectivo que denuncie la ausencia del trámite de la consulta, o su incumplimiento, no hay instrumentos reforzados que permitan paralizar la decisión de despido antes de llevarse a efecto el despido colectivo de hecho ignorando el

diálogo en el seno del periodo de consultas. Manifestaciones estas últimas que pueden ser relevantes para frenar la práctica de los llamados despidos colectivos de hecho en los que se desconoce todo el procedimiento exigido, y se realizan como si se tratase de despidos individuales<sup>116</sup>.

También en la interpretación del precepto se apunta que los Estados han de prever legalmente sanciones ante el incumplimiento del deber de consulta, tal y como se perfila, y las sanciones deben ser suficientemente disuasorias para los empresarios, equiparándose a las sanciones que se imponen frente a las prohibiciones de los despidos por distintas causas —determinados rasgos— que se recogen en las leyes nacionales. Por otro lado, el reconocimiento del derecho de los trabajadores a impugnar la legalidad de su despido colectivo se examina por el Comité bajo el amparo del art. 24 CSER, que como ya hemos estudiado aborda la protección en caso de despido (individual).

Asimismo para cumplir plenamente el propósito del precepto el Comité ha considerado que los Estados deberían exigir a sus empresarios la cooperación con los organismos gestores del empleo (servicios de empleo), notificándoles los despidos colectivos previstos o cooperando con estas instituciones para la readaptación de los trabajadores despedidos o proporcionando otros medios de ayuda para facilitar su empleabilidad y la obtención de un nuevo empleo<sup>117</sup>.

La interpretación del anexo sobre este artículo 29 CSER —que también es y resulta de aplicación al art. 28 de la Carta dedicado a señalar las funciones y garantías de los representantes de los trabajadores— sólo viene a indicar que tienen el reconocimiento y condición de representantes de los trabajadores quienes así lo ostenten en cada legislación interna, precisando, por lo tanto, que son representantes los así reconocidos por las normas nacionales internas

---

proceso de consulta negociación, y ello sin perjuicio de que la declaración de nulidad que regula el art. 124.11 LRJS para estos supuestos (no se haya realizado el periodo de consultas, o entregado la documentación prevista). No siendo lo mismo garantizar que no sean efectivos los despidos antes de que se cumpla el requisito de la consulta que otorgar la calificación nulidad al despido ya efectuado, como consecuencia del incumplimiento del proceso de consultas. Sin embargo, el CEDS atiende al no cumplimiento del trámite normativo del periodo de consultas por lo que habrá que esperar a nuevos pronunciamientos para que se profile mejor y con mayor concreción esta exigencia de no impedir los despidos cuando los empresarios no observan el periodo de consultas.

<sup>116</sup> Sin perjuicio de que existan otras respuestas que combatan esas malas prácticas, por ejemplo, en el derecho español esos despidos en fraude de ley, ignorando el procedimiento y tramitación son considerados nulos, art. 124.13.3 LRJS “el despido será nulo... cuando el empresario no haya realizado el periodo de consultas o entregado la documentación prevista”.

<sup>117</sup> Observación interpretativa/Conclusiones 2014 sobre la evaluación del art. 29 CSER, que reitera el Digesto de 2018.

de cada Estado, en términos idénticos a los que figuran para los arts. 21 y 22 CSER<sup>118</sup>. En la normativa internacional, nos referimos al Convenio nº 135 de la OIT antes mencionado, se delimitan quienes pueden ser estos representantes<sup>119</sup> (de carácter sindical o de naturaleza electiva). En esta cuestión el art. 29 CSER debe ser leído en armonía con las referencias que otros preceptos de la Carta refieren a la representación de los trabajadores, incluidas las funciones que les son encomendadas así como las garantías y protección expresamente reconocidas para el ejercicio de su función representativa (arts. 21, 22 y 28<sup>120</sup>).

En particular, al explicar la extensión del derecho de los representantes de los trabajadores a su protección en la empresa y facilidades que se les ha de reconocer, reguladas por el art. 28 CSER, se ha indicado en la interpretación de la Carta que existe una remisión al art. 3 del citado Convenio nº 158 de la OIT (transcrito en nota a pie). Por eso, puede afirmarse que respecto al art. 29 el anexo de la Carta es poco o nada explicativo en relación a su contenido, más bien contiene una mera remisión en bloque a la legislación o práctica nacional y, desde una lectura más precisa y completa, una remisión a otra norma internacional del Trabajo, de la OIT<sup>121</sup>, que —como se ha indicado— incluye tanto al representante sindical como al electivo o unitario.

Nuevamente la redacción elegida para el art. 29 de la Carta en su versión revisada ofrece un amplio margen de decisión a los Estados para delimitar y concretar a qué representantes de los trabajadores debe informar y consultar

<sup>118</sup> Así aparece en el anexo a la Carta revisada en relación a estos dos preceptos, en su apartado 1º.

<sup>119</sup> Así el art. 3 del Convenio nº 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores apunta como representantes de los trabajadores, atendiendo a la legislación o prácticas nacionales, tanto a los sindicales como a los representantes electos, libremente elegidos por los trabajadores de la empresa —con el matiz para estos últimos “cuyas funciones no se extiendan a actividades que sean reconocidas como prerrogativas exclusivas de los sindicatos”—. Y para el desarrollo de sus funciones el art. 5 precisará: si en la misma empresa concurren representantes sindicales y representantes electos, la necesidad de adopción de medidas apropiadas, cuando fuera necesario, con la finalidad de garantizar que en la representación electa de representantes electos no sea utilizada en menoscabo de la posición de los sindicatos o sus representantes. Llamando igualmente a la colaboración de unos y otros representantes (sindicales y electivos).

<sup>120</sup> Referidos a los derechos de información y consulta, el derecho a la participación en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo y a la protección de los trabajadores en la empresa y sus garantías, respectivamente.

<sup>121</sup> Si bien es cierto que otros preceptos —como venimos indicando respecto de los arts. 24 y 25 CSER— el Anexo de la Carta incorpora regulaciones tomadas de las normas de la OIT, en ocasiones reproducciones miméticas de sus contenidos, pero las amolda al concreto derecho regulado.

el empresario, y se permiten nombramientos *ad hoc*<sup>122</sup>, hasta inclusive admite la designación *ad hoc* de esos representantes de los trabajadores en el seno de la empresa<sup>123</sup>, cuando no posean representación, debido, normalmente, a la limitada dimensión de trabajadores de las empresas por no alcanzar el número mínimo para designar representantes<sup>124</sup>, o superándolos no habiendo realizado en los centros de trabajo esos procesos electorales y nombramientos de representantes.

Cuando se gestó el art. 29 CSER, sobre el precepto se propuso en su borrador una redacción algo distinta por el Comité de expertos que incluyese la consulta a los representantes de los trabajadores con antelación suficiente a tales despidos colectivos, sobre las formas y medios de evitar estos despidos o limitarlos y para limitar el número de trabajadores despedidos, pero finalmente no se incluyó aquella propuesta en el texto definitivo. La redacción final introduce este requerimiento: que la información y la consulta a los representantes sea oportuna (la antelación suficiente no se explicita<sup>125</sup>) y también es más liviana la obligación del art. 29 CSER, al no referirse ni los medios y ni a las formas de evitar o mitigar los despidos, sino que acoge una redacción más sutil y menos exigente: de informar respecto de las posibilidades de evitarlos, limitar su número y mitigar sus consecuencias.

No obstante, como ya hemos indicado en los comentarios de otros preceptos de la Carta, cuando el Comité ha tenido que pronunciarse sobre el momento temporal se aproxima en su interpretación a lo que el texto literal no incorporó, ya que el CEDS ha indicado en relación a la información y consulta a los representantes de los trabajadores que para que el ejercicio del derecho regulado sea efectivo debe preceder la consulta a los despidos colectivos, es decir, en la práctica sí se exige la antelación suficiente de los procedimientos de información y consulta (para servir al fin propuesto que recoge el art. 29 CSER). Hasta el punto de indicar que se debe llevar a cabo tan pronto como el empresario contemple la posibilidad de la medida del

<sup>122</sup> El ejemplo español en la regulación de los despidos colectivos puede ser una muestra al llamar a las comisiones electivas o representativas cuando se carece de representación legal permanente en la empresa, art. 51.2 ET en relación con el art. 41.4 ET (las así llamadas comisiones *ad hoc*).

<sup>123</sup> Nuevamente así se indica en el Digest en su redacción de 2018, en su parágrafo 218.

<sup>124</sup> Como sucede en la legislación española en donde la representación unitaria se elige a partir de 10 trabajadores en el centro de trabajo, aunque se permite, si así lo deciden por mayoría los propios trabajadores, la elección de delegados de personal a partir de 6 trabajadores, art. 62.1 ET.

<sup>125</sup> A diferencia de los textos internos que regulan los periodos de consultas y la Directiva comunitaria 98/59/CE.

despido colectivo. Asimismo, es una exigencia comunicar las razones que llevan a la empresa a plantear los despidos colectivos así como la magnitud de su alcance —número de trabajadores que se prevé serán afectados— e, igualmente, el alcance y forma de los despidos colectivos propuestos y de las medidas previstas para que puedan evitarse sus consecuencias o, si ello no fuera posible, al menos, mitigarse sus efectos<sup>126</sup>.

Aunque la redacción del art. 29 CSER es escueta, el CEDS ha indicado que para cumplir con las obligaciones de información y consulta reguladas en el precepto el empresario durante el trámite de información y consulta debe acompañar todos los documentos relevantes, en particular, al comunicar las razones del despido colectivo y su debida justificación documental, las medidas sociales que prevé y también los criterios para la elección de los trabajadores que resultarán afectados por el despido colectivo e indicar la información del orden que se seguirá en los despidos<sup>127</sup>. Esto es, los criterios de designación y orden de los trabajadores que se verán afectados por los despidos colectivos. A fin de cuentas, el contenido del art. 29 CSER se acomoda a las exigencias típicas de las normas nacionales sobre estos despidos colectivos pese a que su redacción sea tan sucinta (a diferencia de las regulaciones internas<sup>128</sup>, ya que en muchas ocasiones las Leyes —alejándose de su exigible concreción— contienen auténticos desarrollos reglamentarios precisando el contenido detallado y minucioso de los elementos que deben comunicarse).

La medida del art. 29 CSER se aprecia al limitarse a requerir lo referente al concepto y a las exigencias para tutelar tanto el derecho a la información (comprensible) como la consulta (de las decisiones de la empresa que por afectar a intereses y tener la consecuencia tan relevante como la extinción del contrato de trabajo y la situación del empleo en la empresa<sup>129</sup>) de los trabajadores antes de ser despedidos.

Al igual que en la normativa europea, la CSER diferencia los derechos de información y consulta de los trabajadores, regulado en el art. 21 de la Car-

<sup>126</sup> Conclusiones 2014, Eslovaquia.

<sup>127</sup> Conclusiones 2015, Lituania.

<sup>128</sup> Tengase en cuenta que, por ejemplo España no sólo regula en el art. 51 ET estos despidos sino que cuenta con todo un desarrollo reglamentario contenido en el RD 1483/2012, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada e incluso se completa con otro, referido en este caso, el RD 1484/2012, a las aportaciones económicas que están obligadas a realizar las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años.

<sup>129</sup> En conexión, tanto para la información como para la consulta, con los requisitos que derivan del art. 21 CSER.

ta, de estos mismos derechos cuando nos encontramos ante despidos colectivos, otorgando una singular relevancia a las garantías y derechos cuando se está ante procedimientos de despido colectivo, y en aras a la consecución de la efectividad de este derecho de información y consulta en caso de despidos colectivos para el cumplimiento de sus fines.

No obstante, la Carta silencia cuándo se está ante un despido colectivo, sin siquiera concretar la noción de despido colectivo, sin perjuicio que ya el CEDS necesariamente haya debido explicar qué deba entenderse por despido colectivo<sup>130</sup>: aquel que afecta a un número de trabajadores dentro de un periodo de tiempo que será determinado por la Ley (nacional, pero también complementada ésta por otra normativa internacional<sup>131</sup>) y decidido en base a razones no relacionadas con los trabajadores individuales —motivos disciplinarios o extinciones objetivas— o que no tiene que ver con los trabajadores sino que responden a una reducción o cambio en la actividad de la empresa<sup>132</sup>, con repercusiones colectivas en la amortización de los puestos de trabajo.

El Comité ha indicado que la Ley nacional ha de garantizar a los trabajadores que designen a sus representantes cuando en el centro de trabajo o empresa no cuenten con representación propia sindical u otra electiva, como ya hemos anticipado. En todo caso, se debe asegurar que estos representantes —no permanentes— lo sean de todos los trabajadores que estén afectados por los despidos colectivos o que pudieran estarlo<sup>133</sup>, evitando la ruptura del principio

<sup>130</sup> Observación interpretativa /Conclusiones 2003, sobre la interpretación del art. 29 CSER. El concepto se infiere por oposición al despido individual, ya que los despidos colectivos implican, de suyo, la afectación de un número de trabajadores en un periodo de tiempo determinado por razones apartadas de los trabajadores —su conducta disciplinaria— y relacionadas con la amortización de puestos de trabajo en la empresa.

<sup>131</sup> Téngase presente que para los EEMM de la UE resulta de aplicación la definición de despido colectivo de la Directiva 98/59.

<sup>132</sup> El Digesto en su redacción para 2018 (parágrafo 218) ofrece esta aclaración que permite comprender qué es un despido colectivo sin definirlo la Carta, a diferencia de la Directiva comunitaria 98/56 cuyo art. 1 define el despido colectivo como decisión empresarial que afecta a un número de trabajadores dentro de unos umbrales temporales, ya sean de 30 días (al menos igual a 10 trabajadores en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores, o al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores, o al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo) o de 90 días (al menos igual a 20 trabajadores, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados).

<sup>133</sup> También en la normativa interna en las consultas se hace hincapié en lo que se ha llamado el principio de correspondencia entre los trabajadores representados y los representantes que llevan a cabo el proceso de diálogo con el empresario, en proce-

de correspondencia en la composición de la comisión constituida *ad hoc*. Al tiempo que se exige que se les dote de garantías a las representaciones *ad hoc*, impidiendo que puedan sufrir consecuencias negativas por su participación en los procesos de información y consulta de los despidos colectivos<sup>134</sup>.

También ha tenido ocasión de expresar el CEDS que la definición de despidos colectivos que realice la Ley nacional no debe ser demasiado restrictiva<sup>135</sup>, y se ha venido a considerar como tal aquella que fija un muy alto índice de despidos al mismo tiempo o en un periodo de tres meses y requiere al Estado que también para las empresas de menos de 100 trabajadores se fije una proporción para ser considerados los despidos como colectivos, lo que no hacía la legislación estudiada (en el caso, Azerbaiyán) al partir de empresas de 100 o más empleados.

Así los representantes de los trabajadores gozan del derecho de ser informados y consultados oportunamente, lo que significa en tiempo que se puedan adoptar medidas y decisiones que permitan evitar el despido colectivo, reducir el número final de los trabajadores afectados y en todo caso aliviar sus consecuencias sobre los despedidos.

---

dimientos de despido colectivo o en otros. No respetar esta adecuación del órgano representativo supone la nulidad de las consultas.

<sup>134</sup> Así se recogió ya en las Conclusiones de 2014 en relación con la interpretación del art. 29 CSER. Téngase presente que al no ser representantes permanentes de los trabajadores la protección del art. 28 CSER debe ser extendida por la vía de la interpretación en las funciones que les son encomendadas de información y consulta para los despidos colectivos a las representaciones/comisiones *ad hoc*, designadas para los despidos colectivos, asegurándose que no sufrirán ninguna consecuencia negativa por tomar por participar en representación de los trabajadores durante el desarrollo periodo de consultas de los despidos colectivos. Por cierto, esa misma interpretación es a la que llegan los Tribunales españoles ante la ausencia de representación legal cuando han de ser designadas las denominadas comisiones *ad hoc*, que como ya se ha indicado permite el art. 51.2 ET para los despidos colectivos y el art. 41.4 ET regula para otros procesos colectivos (por ejemplo, los traslados colectivos o modificaciones sustanciales colectivas y, en todo caso, para las suspensiones de los contratos de trabajo).

<sup>135</sup> Conclusiones 2014, Azerbaiyán. Concretamente la legislación consideraba despido colectivo si afectaba como umbrales numéricos a más del 50% en empresas entre 100-500 empleadores, al 40% en empresas entre 500-1000 trabajadores y al 30% en empresa de más de 1.000 trabajadores, en ese periodo de referencia de tres meses.