

La tutela multinivel y control de convencionalidad. Una época de transición¹.

Son diversos los pronunciamientos judiciales que, en los últimos meses, se han dictado reconociendo una indemnización complementaria a la tasada legalmente en el TRLET para los supuestos de despido improcedente. En todos ellos el esquema jurídico dogmático es análogo: partiéndose del art.24 de la CSER y del art. 10 del Convenio 158 de la OIT, se considera que la indemnización reconocida en aplicación del baremo estatutario (salario/antigüedad, con la única excepción de la concurrencia de vulneración de derechos fundamentales) no se adecua a las exigencias de aquellas normas, para, en base al control de convencionalidad, aplicar directamente aquellos preceptos y reconocer una indemnización complementaria a la establecida legalmente.

A nadie escapa que del art. 96 de la CE se deriva que los convenios y tratados “válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España” se integran en nuestro ordenamiento jurídico. Una integración que se refuerza por su valor hermenéutico como canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades constitucionales (art. 10.2 CE) y que es reconocida en un plano legislativo por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales al reconocerles su prevalencia “sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional” (art. 31 Prevalencia de los tratados) y su carácter vinculante para todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado que deberán respetarlos y velar por su adecuado cumplimiento (art.29 Observancia). La eficacia y la observancia de la normativa internacional se proyecta, de este modo, y por lo que a nosotros interesa, en un doble plano legislativo y judicial. Así, si para el poder legislativo, el marco internacional se erige y deviene un estándar mínimo que obliga a adoptar las normas internas “que se requieran para su correcta ejecución” (art. 30), el poder judicial deberá aplicar ese derecho. Una aplicación de las normas internacionales por el poder jurisdiccional que cabe calificar de reforzada como consecuencia de la prevalencia que tienen dichas normas y del control de convencionalidad que, como reconoció la STC 140/2018 (FJ 6º), puede o, mejor, debe de realizar todo órgano jurisdiccional. En dicha sentencia, el Tribunal dio carta de naturaleza a un mecanismo que utilizado primigeniamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para la incorporación de los derechos humanos en distintos ordenamientos de americanos, también ha sido utilizados por otros Tribunales europeos (por ejemplo, Cour de cassation francesa en el caso Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel, sentencia de 24 de mayo de 1975). El amplio reconocimiento que el Tribunal Constitucional ha hecho de la posibilidad de que *“cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto”* adquiere ahora una especial relevancia por cuanto desde el 1 de julio de 2021 la entrada en vigor de la CSER supone la incorporación de un nuevo y extenso parámetro normativo de referencia.

El reconocimiento del control de convencionalidad y la amplia forma en que se ha hecho por la STC

¹ Dr. Alberto Pastor Martínez. Profesor agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Of Counsel Antràs.

140/2018 (todo juez ordinario, respecto a todos los tratados y convenios internacionales ratificados por España y ante cualquier “eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley”) supone un claro y deseable impulso para la efectividad de los derechos reconocidos en aquellos instrumentos internacionales. Ello no obstante, no debería hacerse con merma de las necesarias dosis de seguridad jurídica que, por imperativo constitucional, debe presidir la aplicación del derecho.

Ciertamente, la posibilidad de que cualquier juez y tribunal pueda realizar el control de convencionalidad supone un control difuso del que pueden derivar resultados no siempre unívocos, máxime cuando el resultado de dicho control no es la declaración de nulidad de la norma y por ende no su expulsión sino su mera inaplicación. Algunos ejemplos encontramos ya de aplicación no enteramente uniforme de dicho control en algunas de las sentencias que se han dictado en relación a la posibilidad de aplicar o no una indemnización adicional en los supuestos de despido improcedente y ello incluso en el mismo Tribunal. Así, y por lo que se refiere al Convenio 158 de la OIT, mientras que la STSJ de Catalunya 3812/2021 de 14 de julio, recogiendo otras precedentes, consideró que la indemnización adicional sólo era posible en escenarios excepcionales en los que debían concurrir dos requisitos cumulativos: 1) una notoria y evidente insuficiencia de la indemnización; 2) que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad fraude o abuso de derecho en la decisión extintiva. La más reciente STSJ de Catalunya 469/2023 la reconoce en un supuesto de despido objetivo en el que concurriendo la causa, sin embargo, no es considerada como suficiente por la sala de suplicación, sí por la instancia, por ser coyuntural y no estructural.

La existencia de sentencias no plenamente coherentes y uniformes no debe hacernos caer en alarmismos histriónicos enervantes. Estamos en una fase inicial que requiere que se pongan en marcha los mecanismos procesales de unificación doctrinal pertinentes. El Tribunal Supremo ha admitido, como no podía ser de otra manera, la aplicabilidad del control de convencionalidad, ahora deberá pronunciarse sobre los eventuales condicionantes que restringen y condicionan su uso. Para ello, sin duda, deberá partirse del art. 30.1 de la LO 25/2014, una norma que por razones cronológicas y de parámetro de constitucionalidad no fue objeto de atención por la STC 140/2018, cuando establece que “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”. Una pista ya nos ha dado el Tribunal Supremo cuando, en la STS 270/2022, 29 marzo, ha advertido que “el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”. La inaplicación de una norma interna parece exigir, de esta forma, que previamente determinemos si la norma internacional contiene un mandato claro y suficiente, la tradicional exigencia de que sea *self executing*.

Comenzábamos este comentario señalando que la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito judicial laboral supone un importante reto de futuro para el Derecho del trabajo. Su aplicación no se circunscribe a la indemnización por despido sino que se proyecta en otros ámbitos como son el derecho de audiencia de los trabajadores despedidos disciplinariamente (STSJ Illes



Balears de 13-01-2023 Rec. 454/2022), el valor de las horas extraordinarias (SJS núm 29 de Barcelona 18-11-2022 aplicando un incremento de 25% respecto al valor de la hora ordinaria en base al art. 6 del Convenio núm. 1 de la OIT (1929)... Sin duda, resulta imprescindible que nuestro derecho interno se acomode a los *standards* mínimos establecidos en los tratados y convenios suscritos válidamente por nuestro Estado. Ello es una labor que compete a todos los operadores jurídicos, singularmente aquellos que tienen competencias normativas, algo que incumbe principalmente al Estado aunque también a asociaciones empresariales y sindicatos en tanto que titulares de un derecho, el de la negociación colectiva, a través del que también pueden dotar de contenido a ciertos derechos reconocidos en aquellos instrumentos normativos.



Alberto Pastor

Responsable de Formación de Antrás Abogados. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Coordinador de la Unidad de Derecho del Trabajo de la UAB y codirector del Aula Iuslaboralista-UAB, árbitro del Tribunal Laboral de Cataluña y árbitro del Consejo de Relaciones Laborales de la Generalitat de Cataluña.

