

España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)?

Cristóbal Molina Navarrete

Director

Al maestro, D. José Vida Soria, *in memoriam*

La Carta se ha convertido en un auténtico [...] punto de referencia de una Europa en evolución, del sentido de esa revolución, del sentido de toda una arquitectura de política laboral y social [...].

José Vida Soria (*La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*)

1. La Carta Social Europea revisada (CSEr) (y su garantía de reclamaciones cuasi jurisdiccionales colectivas) no es una fuente internacional más, en un sistema multinivel de protección efectiva de los derechos sociales y laborales, además, y sobre todo, está llamada a incitar una genuina revolución jurídico-cultural. 2020, además del año más duro de la pandemia de COVID-19, fue también el año conmemorativo del 40 aniversario de la ratificación por España de la **CSE originaria** (Turín, 1961). Apenas nadie, ni institución pública ni entidad, reparó en ello. Cuando en, el ya lejano, 1986 el Gobierno y el Parlamento españoles sí conmemoraban el 25 aniversario de aquella, uno de sus mayores valedores, mi maestro, el profesor Vida Soria, primer miembro y presidente español del entonces (1984-1996) Comité de Expertos Independientes (CEI) de la CSE (máximo órgano de garantías de cumplimiento), auguraba la apertura de un nuevo tiempo para los derechos sociales y laborales, una suerte de «revolución jurídico-social». Y ello sería así porque implicaba un modelo de política sociolaboral coherente, completo y propio tanto de momentos de estabilidad (normalidad) como de crisis (excepcionalidad).

Si no albergaba ninguna duda en esa configuración (ideal normativo) de la **CSE originaria** como un sistema evolutivo hacia continuos mayores niveles de progreso y bienestar sociales en Europa, a diferencia de su estructural desconfianza sobre la evolución de la

El profesor Vida Soria, primer miembro y presidente español del entonces Comité de Expertos Independientes de la CSE, auguraba la apertura de un nuevo tiempo para los derechos sociales y laborales, una suerte de «revolución jurídico-social»

«hermana rica» del Consejo de Europa, la Unión Europea, la «Europa de los mercaderes», sí que mantenía reservas sobre la capacidad de ese «sistema de la CSE» originaria para hacerse valer *per se*. Las razones de estas sombras, que tanto inquietaban al maestro, y respecto de las que siempre nos alertó, estribarían, de un lado, en la relativa debilidad de sus instrumentos de cumplimiento (técnicas de garantía) y, de otro, en el riesgo de infravaloración de su verdadero sentido y alcance, por el velo de invisibilidad que podría levantar su desconocimiento serio y profundo, minusvalorando sus potenciales. Volvamos a dar voz al maestro para dejar bien clara esta capacidad anticipadora respecto a las tribulaciones de la CSE en nuestro país (y fuera de él, incluso en el propio seno de su creador, el Consejo de Europa):

Las disposiciones básicas de la Carta evidencian la aceptación de un modelo ideal de Estado social y democrático de derecho para el ámbito europeo. Con su consiguiente dosis de intervencionismo proteccionista en el ámbito de las relaciones laborales y las consiguientes dosis de publicación de las grandes parcelas de la política social [...]. Y quizá la crítica fundamental que podría achacársele es haber carecido de un mecanismo jurídico más enérgico para garantizar su cumplimiento (Vida Soria, 1989, p. 14).

Su intuición, como auténtico precursor de sus virtualidades, también como alertador de las sombras, es resaltada por Carmen Salcedo (2021a, p. 15), gran especialista española y artífice del monográfico que contiene este número. Que la CSE tenía, tiene, reservado un magnífico horizonte político-jurídico y sociocultural como la gran referencia europea del Estado social y democrático de derecho se verificaría, de un lado, 10 años después del augurio del maestro con la mejora de la [versión revisada \(1996\)](#) y, de otro, con el llamado «Proceso de Turín» (2014), aún no acabado. A través de este último, la CSE asumía oficialmente, no ya solo en la retórica de los estudios jurídicos sobre la misma y de los discursos solemnes para los días conmemorativos, la condición normativa de «Constitución Social de Europa». Para comprobarlo demos la palabra al Consejo de Europa: La CSE «representa la Constitución Social de Europa y es un componente esencial de la arquitectura de los derechos humanos del continente» (Thorbjørn Jagland). ¿Solo en el continente europeo? No, aún más lejos. Sigamos dando la palabra a la propia fuente, ahora en boca del actual secretario ejecutivo de su máximo órgano de garantías de cumplimiento, el guardián supremo de sus esencias (normativas) y existencias (práctica), el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), sucesor, desde 1998, del CEI:

La Carta ha crecido hasta convertirse en la Constitución Social de Europa. Ha inspirado el Protocolo de San Salvador para las Américas y el desarrollo de los derechos sociales en otras partes del mundo. Ha puesto los jalones del pilar de derechos sociales de la Unión Europea (Malinowski, 2019, p. 40).

¿Autocomplacencia de la institución? ¿Extremado orgullo institucional, rayano en la soberbia? En absoluto. El título elegido por el reconocido jurista europeo no puede ser más ilustrativo: «[Por la defensa de la Cenicienta](#)». En efecto, quienes más la conocen más han recordado, no solo para lamentarlo, sino para dar un caudal de razones que lo corrigieran, la

profunda asimetría o desigualdad de trato que ha venido teniendo, en este larguísimo tiempo de convivencia. De un lado, por la valoración jurídica que ha venido mereciendo «la hija rica» del Consejo (Convención Europea de Derechos Humanos –CEDH–), frente a la subestimación de la «hija pobre», la CSE. De otro, el creciente –si bien no ha sido operativo en la Sala Social del Tribunal Supremo (TS) hasta hace bien poco, y tampoco demasiado– respeto del principio de autoridad interpretativa del considerado auténtico «Tribunal» (Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–), hoy fuente de revisión de sentencias firmes, incluso, a diferencia de la minusvaloración del tenido como simple «Comité» de «activistas sociales» (CEDS). No solo se le niega valor jurisprudencial propio, sino también autoridad interpretativa.

¿Autocomplacencia? En absoluto. Quienes más la conocen vienen lamentando la subestimación (incluido el TS) de la «hija pobre» del Consejo de Europa, la CSE

Los lamentos son continuos. En la voz más autorizada del segundo presidente español del CEDS, Luis Jimena (su actualizado estudio en este monográfico es de una gran clarividencia jurídica), esta doble minusvaloración, de la norma y su garantía, seguiría presente. Entre las razones de esta persistente visión de la CSE como un sistema de normas y garantías débiles de los derechos sociales y laborales estaría la falta de ratificación de la CSE y de su procedimiento relativo a las reclamaciones colectivas frente a incumplimientos ante el CEDS (un análisis de los incumplimientos por parte de España de ciertos derechos laborales, tanto individuales como colectivos, en el estudio de Xosé Manuel Carril Vázquez). Pero este déficit normativo se ha corregido. En el BOE del 11 de junio pasado asistimos a un momento histórico-jurídico cumbre al ver publicado en sus páginas el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, y que ofrece una norma consolidada y versión única de los cuatro derechos añadidos por el Protocolo adicional de 1988, más la ampliación realizada en el catálogo precedente de ocho derechos más. Asimismo se acepta el control del CEDS a través del referido procedimiento de reclamaciones colectivas –Protocolo de 1995–. De este modo, tenemos plenamente vigente, en el plano formal, el «sistema de la CSE», en su dimensión «dogmática» o catálogo de derechos y principios materiales o sustantivos, el llamado orden constitucional social europeo por antonomasia, a diferencia de la *non nata* Constitución comunitaria (no es baladí recordar que buena parte de los derechos sociales de la Carta Comunitaria de Derechos Fundamentales –CDFUE– proceden de la CSE) y en su dimensión instrumental (el doble sistema de control: técnica de informes y conclusiones, de un lado, y técnica de reclamaciones colectivas y decisiones de fondo, de otro). Pero, con este paso ¿se han desactivado las cautelas del maestro Vida Soria, y las críticas de otro de sus grandes adalides, Luis Jimena, por las sombras sobre su eficacia y las persistentes resistencias, a actualizar los cambios que precisa la Constitución Social de Europa, para informar y conformar los mundos de vida de las personas, en su día a día, o, al contrario, todavía queda mucho por hacer, de modo que estamos ante un nuevo principio, no ante el final de nada? El tiempo dirá.

Para mostrar, con ejemplos más concretos, legislativos y jurisprudenciales, el potencial transformador jurídico-social de esta ratificación, pero también las dificultades para que avance con

la rapidez o velocidad e intensidad deseables, hagamos un recorrido, breve, por supuesto, por algunas experiencias recientes que sirven de magnífica ilustración de esta tensión. A lo largo de los diferentes estudios y análisis de actualidad y de doctrina judicial que integran este pionero monográfico, donde participan especialistas del máximo nivel, de la academia y la praxis, podrán encontrar numerosos supuestos más.

Para mostrar, con ejemplos más concretos, legislativos y jurisprudenciales, el potencial transformador jurídico-social de esta ratificación, pero también las dificultades para que avance con la velocidad e intensidad deseables, hagamos un recorrido, breve, por algunas experiencias recientes

2. «Escudos sociales» versus «leyes de austeridad»: ¿de la «regresividad» del orden social nacional (el canon de constitucionalidad interno) a la «progresividad» del orden jurídico social europeo (el canon de conformidad convencional)? Ciertamente, por situarnos ahora en el plano de las expectativas que la Constitución Social de Europa crea, un primer bloque de cuestiones que se suscita es la tensión o el conflicto entre, de un lado, quienes esperan de ella un canon europeo de control de la legitimidad jurídica de las leyes nacionales socialmente más exigente que el canon interno de control de constitucionalidad de las mismas, y, de otro, quienes temen que sume un nuevo factor de inseguridad jurídica, desorientando aún más la práctica jurídica en un sistema multinivel ya de por sí muy incierto, sobre todo a partir del juicio de conformidad comunitaria y el éxito (al menos en una élite judicial estatal) de la cuestión de prejudicialidad comunitaria. Un nuevo episodio del conflicto eterno entre justicia social y seguridad jurídica, de difícil y cambiante, pero inexorable, conciliación.

Naturalmente, el riesgo deriva de la relativa frecuencia con que la solución europea social, regida por el principio de progresividad en la protección de los derechos sociolaborales (para el art. 12, derecho a la Seguridad Social, de mucho interés el [estudio](#) del profesor Monereo en este monográfico), así como por el principio pro persona (lo recuerda el magnífico [estudio](#) de Luis Jimena que abre este monográfico), discrepa abiertamente incluso de la solución comunitaria, proclive esta al principio de ajuste bajo las libertades económicas de mercado. Un contraste que también es frecuente se produzca con la solución constitucional nacional, que asume el principio de regresividad de los derechos sociales y laborales, en aras del principio de configuración legislativa (principio democrático formal). Para ilustrar este riesgo o temor en ciertos sectores (empresariales, especialmente) de que la CSEr, y su activo instrumento de garantías, dé pábulo, en el plano de la política jurídica, a una cierta «lógica legislativa de ajustes de cuentas jurídico-sociales», recuérdese, inicialmente, el Real Decreto-Ley ([RDL](#)) [7/2018, de 27 de julio](#), sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

El preámbulo de esta norma de valor legal no tuvo rubor en justificar el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas inmigrantes extracomunitarias en situación irregular en los compromisos internacionales de España, también europeos (por ejemplo,

el art. 13 CSE), acusando de forma directa a la ley del Gobierno precedente de incumplirlos en aras del valor de la austeridad (RDL 16/2012). De paso, desautorizaba también la jurisprudencia constitucional que, mayoritariamente (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 139/2016, de 21 de julio), con un voto particular, había dado su aval a esta norma de recorte de derechos sociales con vocación universal a personas vulnerables, desoyendo la crítica hecha a la misma por el Consejo de Estado y su CEDS, si bien de forma errática, porque se produjeron también en su seno rectificaciones bruscas, lo que no es habitual en el CEDS. Un mismo enfoque de «ajuste de cuentas sociales» sobre la prevalencia de los compromisos sociales europeos que, casi 2 años después, el Gobierno de coalición «pro social» daría a la derogación del despido por absentismo (Ley 1/2020), desautorizando a la STC 118/2019, de 16 de octubre, y asumiendo, en cambio, la crítica social del voto particular.

Un modelo de radical oposición, y desautorización, legislativas del canon de control de la constitucionalidad, e incluso también de la legitimidad por parte de la jurisdicción ordinaria, que ha vuelto a exhibir el preámbulo de la Ley orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315, apartado 3, del Código Penal (delito agravado de coacciones). Ciertamente, ningún reproche, más bien lo contrario, una valoración positiva, merece la derogación de este tipo, que constituye una reliquia de un pasado autoritario de relaciones laborales y que resulta superfluo al estar englobado en el delito genérico de coacciones. Ahora bien, sí llama mucho la atención, no solo que se haga para desautorizar una «forma de interpretación jurisprudencial del delito» que disuadiría «del ejercicio del derecho fundamental a la huelga» (y a la libertad sindical), contrariando tanto el orden constitucional, cuanto el orden internacional, sino también, y sobre todo, situándolo en una crítica general y radical del entero orden normativo de reforma laboral:

Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno.

La reforma laboral, que prácticamente excluyó la negociación colectiva de los trabajadores y que devaluó o directamente eliminó otros muchos de sus derechos, no pareció suficiente y por ello se reforzaron, con ataques directos, todas las medidas que exteriorizaron el conflicto, utilizando la legislación [...] para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno (preámbulo, párrs. 3.º y 4.º).

Por supuesto, la nueva mayoría parlamentaria es libre de expresar el juicio político que crea oportuno respecto de la anterior, no es este tema de nuestro interés aquí. A nuestros efectos, lo que interesa es desvelar lo que este viraje, siempre sobre bases de los compromisos internacionales «desconocidos» con la legislación precedente, y todavía vigente (al igual que sucede con la reforma laboral), puede significar de una contrarreforma legislativa ya activada con la ratificación, pese a que se dice que todavía está en la Mesa de Diálogo Social. De un lado, se pasa

por alto que el TC ha avalado esas leyes, en su voto mayoritario, sin perjuicio del voto minoritario crítico que integra la decisión. Así, la [STC 172/2020, de 19 de noviembre](#), declara constitucional la ley de seguridad ciudadana, llamada «ley mordaza», en la mayoría de sus aspectos polémicos. De otro, y más relevante en el plano sociolaboral, debe tenerse en cuenta que la [STC 8/2015, de 22 de enero](#), avaló las reformas en el ámbito laboral, algunas de las cuales, sin embargo, fueron declaradas no conformes a la CSE por el CEDS.

Debe tenerse en cuenta que la [STC 8/2015, de 22 de enero](#), avaló las reformas en el ámbito laboral, algunas de las cuales, sin embargo, fueron declaradas no conformes a la CSE por el CEDS

No es poca cosa. Debe recordarse que este retorno al principio social y democrático del Estado constitucional de derecho sobre el canon de control social europeo (junto a otras normas internacionales), típico de una visión garantista del derecho como un «sistema de leyes de favor hacia las personas más débiles» (Ferrajoli, 1999), desde el principio actual de Estado mercantil de derecho, propio de una visión flexibilizadora del derecho como un «sistema de leyes de favor hacia los poderes de las personas con posiciones contractuales más fuertes» (Supiot, 2011), se ha asumido también, aunque minoritariamente, de momento, como canon jurisdiccional de control de la validez y/o eficacia de las leyes (de austeridad, de reforma laboral flexibilizadora o de liberalización de poderes novatorios o de regulación de empleo). Piénsese en que el voto discrepante firmado por el profesor Fernando Valdés a la [STC 8/2015](#) incidió en las [Conclusiones del CEDS de 2015](#), sobre varios preceptos legales impugnados, como el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), de modo que «la legitimación de la derogación unilateral de convenios colectivos libremente negociados vulnera la obligación de promover procedimientos de negociación», no resultando conforme con el artículo 6.2 de la [CSE](#).

No es poca cosa. Debe recordarse que este retorno al principio social y democrático del Estado constitucional de derecho sobre el canon de control social europeo (junto a otras normas internacionales), típico de una visión garantista del derecho como un «sistema de leyes de favor hacia las personas más débiles» (Ferrajoli, 1999), desde el principio actual de Estado mercantil de derecho, propio de una visión flexibilizadora del derecho como un «sistema de leyes de favor hacia los poderes de las personas con posiciones contractuales más fuertes» (Supiot, 2011), se ha asumido también, aunque minoritariamente, de momento, como canon jurisdiccional de control de la validez y/o eficacia de las leyes (de austeridad, de reforma laboral flexibilizadora o de liberalización de poderes novatorios o de regulación de empleo). Piénsese en que el voto discrepante firmado por el profesor Fernando Valdés a la [STC 8/2015](#) incidió en las [Conclusiones del CEDS de 2015](#), sobre varios preceptos legales impugnados, como el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), de modo que «la legitimación de la derogación unilateral de convenios colectivos libremente negociados vulnera la obligación de promover procedimientos de negociación», no resultando conforme con el artículo 6.2 de la [CSE](#).

Años después (y zanjada de nuevo con la derogación legal la polémica modalidad del contrato de apoyo a emprendedores, mediando así, implícitamente, a favor de la doctrina judicial, entonces minoritaria, que concluyó su disconformidad con la doctrina del CEDS), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Cataluña [274/2020, de 17 de enero](#), sobre la base del juicio de convencionalidad en relación con la CSE, junto a otros estándares internacionales, anticipó la derogación legal del despido por absentismo. Ciertamente, un tribunal no puede derogar, ni siquiera anular, una ley nacional que no sea conforme con el estándar internacional, en este caso social europeo, porque la relación entre la ley nacional y la ley internacional no es de jerarquía, sino de competencia, por lo que el juicio de convencionalidad no es un juicio de validez sino de eficacia de la ley. Pero sí desplaza la nacional por la internacional, prevalente, vaciando de sentido práctico a aquella (art. 31 [Ley 25/2014, de 27 de noviembre](#), y [STC 140/2018, de 20 de diciembre](#)). Es verdad que el TS nunca se ha sentido preocupado con este juicio de convencionalidad. Lo muestra que las posteriores sentencias hayan aplicado, sin más, la norma legal (por ejemplo, Sentencia del TS –[STS– 508/2020, de 23 de junio](#); [Auto del TS de 12 de enero de 2021, rec. 1066/2019](#), entre otros muchos).

Ahora bien, no cabe ignorar tampoco, ilustrando el factor de inseguridad jurídica comentado al evidenciar este contraste recurrente entre los criterios de control jurídico internos y el social europeo, que está siempre abierta la «caja de Pandora», pudiéndose poner en cuestión la propia jurisprudencia social. Vamos a los ejemplos que ahuyenten los riesgos especulativos y den concreción a lo que se advierte. La conocida [STSJ de las Illes Balears 412/2020, de 18 de noviembre](#), se ha apartado, en virtud del juicio de convencionalidad ex [artículo 96 de la Constitución española](#) (CE), de la doctrina jurisprudencial.

No cabe ignorar, al evidenciar este contraste recurrente entre los criterios de control jurídico internos y el social europeo, que está siempre abierta la «caja de Pandora», pudiéndose poner en cuestión la propia jurisprudencia social

Esta aplica, en su modalidad *iusuris et de iure*, la presunción de legitimidad del acuerdo colectivo del [artículo 41 del ET](#) al [artículo 51](#) (despido colectivo). Frente al impedimento jurisprudencial de revisión individual de la causa de despido colectivo acordada, excluyendo esta cuestión del procedimiento individual (no así otros, como los criterios de selección –por ejemplo, [STS 457/2021, de 29 de abril](#), que muestra, eso sí, cierta laxitud en el enjuiciamiento aplicativo, estando en este caso en juego una cuestión de género, porque la trabajadora afectada estaba en el ejercicio de un derecho de conciliación–), la sala de suplicación dará prevalencia a la norma internacional relativa al control judicial efectivo de toda causa de terminación laboral sobre la nacional. De ahí que introduzca una matización o corrección en el criterio unificado, apelando en buena medida a los argumentos sostenidos por la minoría de la Sala Social en su día ([STS 699/2018, de 2 de julio](#)).

De nuevo, el juicio de convencionalidad sirve para socavar la autoridad interpretativa del voto mayoritario, luego consolidado como jurisprudencial, para primar el voto minoritario. El voto particular insistía –como ahora la doctrina de la sala de suplicación balear– en que el resultado a que aboca la doctrina mayoritaria (negar la revisión judicial de la concurrencia de la causa del despido) podría comportar una limitación al derecho a la tutela judicial efectiva ([art. 24 CE](#)). Consciente la sala de suplicación de que, en el caso, no es aplicable el artículo 47 de la [CDFUE](#), porque la normativa comunitaria solo regula una cuestión de procedimiento negociador, no de control judicial de la causa, siguiendo la restrictiva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en función del artículo 6 de la [CDFUE](#), apela al juicio de convencionalidad ex [Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo](#) (OIT). No se trata de la CSE, claro, sin embargo, bien conocida es la íntima conexión entre el artículo 24 de la [CSE](#) y aquel convenio de la OIT, por lo que no extrañará que se tienda a utilizar de forma simbiótica ambas normas internacionales sociales, la universal y la europea, para la realización del juicio de convencionalidad de las normas nacionales.

Así lo ha evidenciado la [STSJ de Madrid 277/2021, de 17 de marzo](#), que rechaza realizar el juicio de convencionalidad sobre el [artículo 56 del ET](#) (y [110 Ley reguladora de la jurisdicción social](#) –LRJS–), relativo a las consecuencias derivadas del despido improcedente, al no estar

vigente el artículo 24 de la [CSEr](#), limitándose al control en virtud del artículo 10 del [Convenio 158 de la OIT](#), si bien no lo lleva a cabo por razones procesales –falta de la debida impugnación como motivo específico–. Estima el recurso sobre la sentencia de instancia que sí llevó a cabo ese juicio de convencionalidad, declarando contrario al artículo 24 de la [CSEr](#) en relación con aquel artículo 10 el sistema de opción empresarial por la readmisión o la indemnización, así como el modelo de indemnización tarifada o tasada. Una conexión que también acepta la [STSJ de Cataluña 2273/2021, de 23 de abril](#), rechazando hacer una interpretación de interrelación sistemática por la citada falta de ratificación. Aunque así admite un juicio de convencionalidad, evidenciando la desconformidad, pero solo parcial, para situaciones excepcionales.

Al respecto, una vez más es oportuno recordar que, no sobre el [Convenio 158 de la OIT](#) –que no ha ratificado Italia–, sino sobre un uso interpretativo fuerte del artículo 24 de la [CSEr](#) –que Italia sí tiene ratificado–, la Corte Constitucional italiana está haciendo saltar por los aires un sistema de tutela frente al despido sin causa análogo al español (y al francés), producto de procesos de reforma laboral con una misma orientación de política económica (inducida por las políticas de sacrificio social en aras de la estabilidad presupuestaria): primero fue la Sentencia de la Corte Constitucional 194/2018, de 26 de septiembre –declaró inconstitucional, y contrario también al art. 24 [CSEr](#), el sistema de indemnizaciones tasadas para despidos sin una causa justificada–; luego la [Sentencia 150/2020, de 24 de junio](#) –para los casos en que el vicio del despido es de forma–; finalmente, la Sentencia 59/2021, de 24 de febrero –en última instancia, trata de extraer de la tutela económica los despidos sin causa y reconducirlos al terreno de la nulidad–. La Corte Constitucional italiana prosigue su labor de imponer garantías que limitan la reforma del despido del 2012 ([Baylos Grau, 2021](#)). Volveremos más detenidamente sobre estas sentencias.

Ahora conviene volver al principio de este epígrafe y a la idea general que lo preside: la ratificación de la [CSEr](#) y la aceptación de control directo, mediante un proceso contradictorio de reclamación colectiva por el [CEDS](#), trae al primer plano el diverso, si no opuesto, canon de control social europeo respecto del (constitucional y ordinario) interno en relación con la operatividad del sistema constitucional de límites al ejercicio del poder legislativo. Y ello incluso en las situaciones de excepcionalidad vividas, primero con la crisis financiera y hoy con la pandemia. No abandonamos la senda de los ejemplos.

Se recordará que, para el [TJUE](#), una situación de crisis económica y de empleo profunda no justifica un mayor intervencionismo social, si restringe una libertad económica. La Sentencia del [TJUE \(STJUE\) de 21 de diciembre de 2016 \(asunto C-201/15\)](#) consideró contrario a la libertad de prestación de servicios el sistema griego de autorización administrativa para el despido colectivo, el último baluarte europeo de este modelo publicado. Para el [TJUE](#), «la posible existencia [...] de un contexto caracterizado por una crisis económica grave y una tasa de desempleo particularmente elevada» no puede excepcionar

Las crisis económicas han de afrontarse desde la garantía de los derechos sociales y laborales, no con leyes que llevan a «la degradación significativa del nivel de vida y condiciones» de las personas

la vigencia de las libertades económicas (apdo. 108). Pues bien, opuestas son las decisiones de fondo del CEDS relativas a Grecia, según las cuales las crisis económicas han de afrontarse desde la garantía de los derechos sociales y laborales, no con leyes que llevan a «la degradación significativa del nivel de vida y condiciones» de las personas (si bien se afirma respecto de las personas pensionistas, sirve para todas las personas, también trabajadoras). Por eso declarará la disconformidad de la política de austeridad seguida con Grecia por sus leyes e inducidas por la «troika» comunitaria (Salcedo Beltrán, 2021b, pp. 73-74). La salida debe favorecer a la mayoría de la población, no a una minoría empobreciendo a la mayoría.

Justamente, como evidenciara el actual presidente del CEDS, en la presentación pública de las Conclusiones 2019/XXI-4, la tragedia pandémica y sus crisis asociadas, en especial la social y la económica, así como la sanitaria, habrían evidenciado el error que fue abordar la precedente crisis desde la austeridad y la necesidad de afrontar la actual desde el levantamiento de escudos sociolaborales. Las soluciones deben construirse desde los derechos sociales y laborales, nunca en contra de ellos, resultando de esencia a las políticas de gestión de las crisis poner en el centro la Constitución Social de Europa, sin que sea desplazada por leyes de devaluación a favor de los principios y valores de la Constitución económica. En realidad, con sus palabras, evoca una idea que ya expresara hace más de tres décadas un político español histórico, secretario general del Consejo de Europa en aquel entonces: la CSE es un proyecto de solidaridad europea, de modo que todos los países que la integran puedan alinearse, de forma flexible, pero progresiva, nunca regresiva, en un mismo proyecto social básico (Oreja Aguirre, 1989, p. 45).

3. La inexorable revitalización del orillado juicio de convencionalidad: una nueva lectura desde el (congelado) salario mínimo hasta el (insuficiente) ingreso mínimo vital, pasando por la (no disuasoria) tutela frente al despido arbitrario. La infravaloración, legal y jurisprudencial, nacional del instrumento normativo (CSE) y de garantía (la doctrina –¿cuasi?– jurisprudencial del CEDS) explica el escaso éxito del juicio de convencionalidad a la luz de la CSE y de la autoridad interpretativa del CEDS.

No se trata de un problema histórico, sino que está muy presente. Deslumbrados por el diálogo con el TJUE, los órganos nacionales descuidan el diálogo con el CEDS, que les resulta más enigmático (quizás inaccesible y, por ello, menos comprensible). Transitemos una vez más por el camino del ejemplo y la actualidad más conflictiva. Es conocido que, para la cultura jurídica clásica, el salario mínimo interprofesional (SMI) formaría parte de la política socioeconómica del Gobierno, por lo que, fuera de su procedimiento, y de forma muy laxa, no podría ser controlado por la jurisdicción. La doctrina del CEDS, al contrario, insiste en su exigibilidad judicial, porque no es una recomendación, sino una pauta vinculante.

Para la cultura jurídica clásica, el SMI formaría parte de la política socioeconómica del Gobierno. La doctrina del CEDS, al contrario, insiste en su exigibilidad judicial

Exponente de esa cultura jurídica tradicional es la [STS, Sala 3.ª, 642/2021, de 6 de mayo](#). En ella se resuelve la impugnación (por la asociación empresarial de jóvenes agricultores –ASAJA–) del Real Decreto ([RD\) 231/2020, de 4 de febrero](#), por el que se fija el SMI para el año 2020 (situado en 950 €). Es la última, de momento, de una serie de sentencias de la misma guisa. Como la [STS, Sala 3.ª, 1268/2020, de 7 de octubre](#), a la que aquella remite (en este caso, una agrupación de empresas impugna el [RD 1462/2018, de 21 de diciembre](#), por el que se aumentó un 22,3 % para 2019 –30 € al día o 900 € al mes–). En ambos casos se reclama la anulación de estas «normas-actos reglamentarios» por *ultra vires*, viciado de forma, por prescindir del dictamen del Consejo de Estado, y, sobre todo, viciado de fondo, por consagrar la arbitrariedad del poder ejecutivo en el desarrollo del [artículo 27 del ET](#), al tratarse de subidas desproporcionadas. Pues bien, para la Sala 3.ª, ninguna tacha hay en ellos, porque no serían reglamentos ejecutivos en sentido estricto (regulación del SMI), sino actos decisorios (fijación de la cuantía), puro «ejercicio de la función de dirección política» ex [artículo 97 de la CE](#) y en atención, entre otros criterios político-económicos, a «la coyuntura económica general». ¿Y dónde está el condicionante internacional, no solo constitucional, de las garantías del derecho a una retribución suficiente?

No, no aparece. Para ser rigurosos, sí aparece, en una muy escueta referencia, al citar los alegatos de la Abogacía del Estado, ni siquiera propios del TS, en los que se menciona al «Comité de Expertos sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa» (CEI) y al –sucesor– CEDS, que han reiterado que «el SMI debe estar en el 50 o 60 % del salario medio neto» (FJ 5.º, párr. 4.º). Tampoco la alusión, como critica Luis Jimena en su [estudio](#), a «recomendaciones» es afortunada, pues no corresponde al CEDS, sino al Comité de Ministros. Este acaba de adoptar cuatro «recomendaciones» en ejecución de dos decisiones de fondo de Italia y dos de la República Checa, cuando lo habitual son «resoluciones» (*vid.* el magnífico [estudio](#) aquí de Carmen Salcedo).

Ni una sola reflexión le ha merecido al TS, ni la CSE ni la doctrina del CEDS. No solo refleja infravaloración, si no el desconocimiento, de esta norma y sus imperativos, a partir del cuerpo de doctrina seria y firme sentada por el órgano supremo de garantías de la CSE (primero el CEI y luego el CEDS), sino también la desconfianza sobre esta interpretación, que sí defiende la condición de exigibilidad jurídica del nivel mínimo de la cuantía ([Salcedo Beltrán, 2020, pp. 165-169](#)). Para ilustrarlo, traigamos, nosotros sí, la voz del Consejo de Estado. Cuando el 11 de mayo de 2000 dictaminó ([expediente 1740/2000](#)) que la aplicación de la CSEr no debía plantear problema, porque habría convergencia con el derecho interno, sí advirtió de que: «existe cierta reticencia entre los Estados [...] pertenecientes a la Unión Europea, a ratificar este texto [...] debido [...] a la interpretación que de las mismas y de su alcance realiza el Comité de Expertos Independientes» (hoy el CEDS).

Acabáramos. Aquí está la verdadera razón de esta resistencia histórica, no solo de las leyes, también de los órganos supremos nacionales, desde luego los españoles, a asumir, de una forma normalizada, el diálogo-conflicto con la doctrina (cuasi) jurisprudencial, primero del CEI (que presidiera en su día el maestro Vida Soria) y luego del CEDS, como sí se hace (siempre con resistencias, incluso hoy), sin embargo, con el «hermano civil respetado»,

el TEDH, así como con su «pariente comunitario rico», el TJUE. El resquemor está en el dinamismo evolutivo, progresividad e intensidad protectora de la doctrina del CEDS. Pero ya se ha ratificado la CSEr y el procedimiento de reclamaciones colectivas, ¿déficit valorativo y reticencias superadas? La pregunta no es baladí si se piensa en el actual conflicto reabierto en torno al incremento del SMI, que incluso divide al Gobierno.

En efecto, mientras una parte entiende que sí subirá (hoy está congelado) este año, otra valora que no, siendo el sí o el no y la cuantía una [decisión puramente política](#). Pero el debate no es solo político, sino económico. De nuevo, el Banco de España ha tomado parte por una comprensión económica del SMI, como precio mínimo del coste de mano de obra, no ya como garantía jurídica de un derecho social fundamental (art. 4 CSEr: derecho a «una remuneración suficiente que les proporcione a ellos[as] y a sus familias un nivel de vida decoroso» –decente o digno–). En su informe, [Los efectos del salario mínimo interprofesional en el empleo: nueva evidencia para España](#), ha imputado al SMI nada menos que la pérdida de 180.000 oportunidades de empleo para las personas integrantes de los colectivos más vulnerables (jóvenes, mayores de 45 años, menos cualificadas y menor retribución –inferior a 1.250 €–, etc.).

Por supuesto, el debate ya está servido. [Para la Comisión de personas expertas designadas por el Ministerio de Trabajo](#), habría que situarlo entre 1.011 y 1.049 euros al mes en 14 pagas para el año 2023, cantidad equivalente –se dice– al 60 % del salario medio (inferior a la prevista por la ministra, que lo quería fijado en torno a 1.200 €). Un incremento entre el 6 y el 10 %. No sería solo cuestión de equidad salarial, también de incremento de empleo. Lejos de existir evidencias económicas (para otros economistas sí, y los cálculos del Banco de España serían irrefutables) de destrucción masiva, las hay de aumento del empleo, por la mejora de la capacidad de consumo que genera.

No es momento aquí para entrar en profundidades, ni en el plano político ni en el económico. Tiempo habrá cuando el Gobierno, y los interlocutores sociales, pongan fin al proceso de diálogo social abierto, conforme al artículo 27 de la CSE, para alcanzar una solución sobre la cuantía del SMI, hoy incierta. Solo llamo la atención sobre una dimensión que el Banco de España olvida por completo y la Comisión de personas expertas del ministerio sí atiende, pero modula de conformidad con un criterio de coyuntura económica: el SMI no es ni pura cuestión política, ni pura cuestión económica, sino también una garantía jurídico-social que sí tiene unos referentes cuantitativos mínimos, según el CEDS, y que son inmediatamente exigibles. Como refleja el –sin duda, serio– Informe de la Comisión de personas expertas designadas por el ministerio, el cumplimiento del estándar social europeo ha sido el presupuesto para su elaboración. Sin embargo, resultaría incierto tanto el estándar europeo (en qué se concreta ese 60 % del salario medio neto), como el momento más propicio económicamente para cumplirlo de forma efectiva.

[El SMI no es ni pura cuestión política, ni pura cuestión económica, sino también una garantía jurídico-social que sí tiene unos referentes cuantitativos mínimos, según el CEDS, y que son inmediatamente exigibles](#)

Los sindicatos piden ese incremento de la forma más inmediata (que las organizaciones empresariales, así como el Banco de España, tratan de disuadir, así como la vicepresidenta primera del Gobierno). Ahora no solo tienen una vía política (diálogo social), e incluso jurídica interna, poco propicia en este estadio inmaduro del juicio de convencionalidad por parte del TS, sino una vía europea directa deseosa de oír esta voz crítica y de denuncia para hacerse oír, a su vez, y restaurar su prevalencia jurídico-social. La Comisión experta plantea diversos escenarios, que lejos de crear certidumbre aumenta la entropía del debate, todos ellos sobre la base de una «convergencia hacia» el salario medio (¿neto?) condicionando el tiempo de cumplimiento al que imponga la «prudencia económica», en detrimento del exigible jurídicamente. Así, concluye:

Con el fin de ponderar más la prudencia y la incertidumbre sobre la recuperación de los excedentes empresariales, la Comisión propone aplicar los incrementos de la tabla V.2 de manera inversa a la serie temporal resultante, retrasando la parte principal del aumento para los años 2022 y 2023 ([Resumen ejecutivo](#), p. 9).

Un «principio de prudencia» (imperativo económico y razón de interés de mercado) frente al «principio de suficiencia retributiva» (garantía jurídica y ley del más débil) en el que [insiste la ministra de Asuntos Económicos y vicepresidenta primera](#) (la más opuesta a la subida del SMI). El debate promete otro episodio jurídico relevante. Precisamente, la propuesta sobre la [regulación del SMI que está preparando la Comisión Europea](#) obligará a los Estados a aumentarlo hasta el 60 % del sueldo mediano. Pero ¿por qué siempre mirar a la Europa de la Unión Europea cuando la Europa del Consejo de Europa ya tiene instrumentos para que pueda lograrse lo mismo y de forma más rápida y efectiva para garantizar equidad retributiva y mayor poder adquisitivo, con el impulso que supone para el consumo-producción?

No, no es un caso aislado, sino que es reflejo de la subestimación del «sistema normativo y de garantías de la CSE». De nuevo nos situamos en el ejemplo. Una de las instituciones jurídico-sociales más relevantes, pero frustrada en la práctica, por sus expectativas incumplidas ([la última en sumarse a la crítica ha sido la OCDE](#) [Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos] –apenas ha llegado al 20 % de las personas destinatarias esperadas–), es el célebre ingreso mínimo vital (IMV). Su norma creadora reconoce las «debilidades del sistema de garantías de ingresos español» y las críticas efectuadas por «informes y recomendaciones procedentes de las instituciones europeas». Entre estas, muy por encima de las demás, destaca la doctrina del CEDS, que una y otra vez, a través del sistema de control basado en informes –conclusiones para España respecto del art. 13 CSE– y, para otros países, en reclamaciones colectivas –decisiones de fondo– ([Jimena Quesada, 2021, p. 54](#)), ha manifestado la disconformidad española a la garantía de renta mínima contra la pobreza del sistema de la CSE. La inexistencia de una renta estatal, solo autonómica (antes del IMV), y su bajo nivel cuantitativo (muy por debajo del SMI, como sucede con las pensiones de la rama no contributiva) no serán conformes con el citado sistema de la CSE. Pues bien, ¿a quién refiere expresamente el preámbulo del [RDL 20/2020](#)?

Cómo no, «al principio 14 del pilar europeo de derechos sociales». Pero ¡si no es vinculante, y la CSE sí! Ya, pero la Unión Europea parece tener más pedigrí, incluso si son recomendaciones, a diferencia del CEDS, tratado como «comité de personas buenas», no como órgano supremo de garantías jurídico-sociales de la CSE. Como tal, el CEDS no solo tiene una doctrina interpretativa vinculante, o cuando menos orientativa y a tomar en serio en la interpretación ([STC 140/2018](#); doctrina constitucional italiana), sino que cuenta con procedimientos específicos, preventivos incluso, sin necesidad de agotar vías internas, para restablecer la prevalencia sobre las leyes de origen interno que no la reconozcan, también incluso frente a los órganos judiciales internos que sigan anclados en una visión tan desfasada de su valoración jurídico-institucional. Si los órganos jurisdiccionales internos rechazan, o infravaloran, el juicio de convencionalidad, se abre ahora otra vía, la de la reclamación colectiva directa e inmediata ([Protocolo de 1995](#)).

Si los órganos jurisdiccionales internos rechazan, o infravaloran, el juicio de convencionalidad, se abre ahora otra vía, la de la reclamación colectiva directa e inmediata

Aviso, pues, a navegantes, de modo que las críticas a las deficiencias sociales de las leyes nacionales respecto del estándar más elevado europeo no solo quedarían ahora en el «derecho al pataleo» político, incluso social, sino también en el derecho a la reclamación colectiva con efectos jurídico-sociales, lo que abre una nueva dinámica, también de abogacía. Por supuesto, para ello deberían concienciarse de su valor práctico también los sujetos sociales legitimados. Con gran frecuencia padecen ese déficit de comprensión, como rezuma el [Informe](#) elaborado por el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), relativo a derechos humanos y discapacidad, aprobado el 14 de mayo de 2020. A su tenor, el sistema de la CSEr no sería «de gran ayuda a la hora de fundar nuestra posición respecto a la justiciabilidad de los derechos sociales».

Se ignora así que, si hay un sistema garantista de estos derechos ese es el de la CSEr que, además, siendo un sistema, permite que la debida protección de las personas con discapacidad (art. 15 [CSEr](#)) se realice incluso si no se ratifica de forma específica, a través de otros derechos relacionados de la CSE. Debe quedar clara esta crítica. Revalorizar este sistema de garantías sociales europeo específico no subestima la evolución comunitaria, sobre la base del Convenio de la ONU y del TJUE (por ejemplo, [STC 51/2021, de 15 de marzo](#), o [RD 368/2021, de 25 de mayo](#), de medidas de acción positiva para promover el acceso al empleo de personas con capacidad intelectual límite). Lo que se quiere expresar es la existencia de un ámbito tanto o más garantista y con un sistema de defensa diferenciado y más eficaz que debe normalizarse y optimizarse, estando hasta ahora muy infravalorado y, por tanto, subestimado en la práctica (*vid.* el [estudio](#) de Luis Jimena que encabeza este monográfico). Y así podríamos ir multiplicando las referencias a temas centrales para las relaciones laborales y de protección social en nuestro sistema.

Piénsese en la difusión inmediata que acaba de tener la [STJUE de 3 de junio de 2021 \(asunto C-624/19\)](#), respuesta a una cuestión prejudicial británica (el TJUE admite su competencia, pese al Brexit, con arreglo al art. 86 [Acuerdo de Retirada del Reino Unido](#)). El litigio afecta a un gran número de personas trabajadoras (más de 6.000) empleadas en una gran empresa-red (Tesco Stores). La sentencia reafirma (el carácter de efecto directo y obligación de resultado ya se afirmó en la [STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-486/18, Praxair MRC](#), apdo. 67) que el artículo 157 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) (TFUE) (en relación con el art. 3 TFUE y art. 23 CDFUE) tiene efecto directo general, no solo vertical, sino también horizontal (entre particulares). De ahí la aplicación inmediata del principio de igualdad de retribución por razón de sexo o para un «trabajo de igual valor».

De la importancia de este «sistema normativo comunitario», y de su jurisprudencia, son plenamente conscientes los órganos jurisdiccionales nacionales y tenemos noticias a diario de ello. Así lo ilustra, por ejemplo, la [STSJ de Galicia 1584/2021, de 16 de abril](#), que desarrolla el concepto originario del TJUE –asumido también por el TEDH y nuestro TC– sobre «discriminación refleja», aplicándolo al despido de un hombre por avisar de que iba a ser padre. Pero también sabemos de las muchas ambivalencias y ambigüedades de esta jurisprudencia para poner fin a las brechas de género, en especial en pensiones, pero no solo. Así, por ejemplo, el [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) incluye ahora (no la anterior versión, avalada por el Auto del TC –ATC– [114/2018, de 16 de octubre](#)), para el complemento de reducción de la brecha de género a las modalidades de jubilación anticipada voluntaria ex [artículo 208 de la LGSS](#), por asumir el voto particular de aquel ATC, que lo consideraba discriminatorio (al igual que la [STSJ de Cataluña 958/2021, de 17 de febrero](#)). En cambio, la [STJUE de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19](#), valida la normativa española que permite denegar la jubilación anticipada cuando no se alcance la pensión mínima, asumiendo su efecto de discriminación indirecta hacia las mujeres, agravando la de por sí gruesa brecha de género.

Pues bien, ¿quién conoce y qué eco mediático ha tenido la doctrina creada por el CEDS a fin de afrontar, de forma sistémica, coherente y evolutiva, la corrección del problema de las brechas retributivas de género (fuente de posteriores brechas en pensiones) en los Estados del Consejo de Europa –[decisiones de fondo de 5 y 6 de diciembre de 2019, núms. 124 a 138, Groupe européen des femmes diplômées des universités, UWE](#)–? Salvo algunos ámbitos de alta especialización de doctrina científica, nadie. Un nuevo desaire al orden constitucional social europeo, a la CSEr y a su órgano de garantías, el CEDS.

Aunque son conocidas oficialmente desde hace relativamente poco tiempo (publicadas el 29 de junio de 2020), su resultado tan demoledor (todos los Estados demandados sindical y socialmente, salvo Suecia, incumplirían el estándar europeo de equidad retributiva de género, y, en general, de equidad laboral y social) merecía una mayor atención institucional, y mediática. Este desenlace jurídico-social tan negativo obligará a profundas reformas legales, desde ya, *de lege data*, sin esperar, una vez más, a la nueva [directiva comunitaria sobre la transparencia retributiva](#), además de incitar en todos estos países un profundo juicio de convencionalidad, a través de la actividad de los órganos judiciales internos, también para España

(Salcedo Beltrán, 2021b, p. 95). Ciertamente, España ni fue denunciada (no era posible hasta hoy por la no ratificación del citado Protocolo de 1995, de reclamaciones cuasi jurisdiccionales colectivas) ni permanece ajena, con sus últimas reformas, a este problema general (por ejemplo, RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres –plagado de referencias comunitarias, también de un silencio atronador respecto del sistema de la CSE–). Pero su transversalidad, así como las múltiples e intensas interrelaciones sistemáticas, no pueden dejar fuera de su influjo esta doctrina y, sin embargo, apenas ha tenido eco.

La razón es siempre la misma, tanto las reticencias a esta doctrina, de la que se niega el valor jurídico más elemental como órgano supremo de garantías de cumplimiento del sistema de la Constitución Social de Europa, como su desconocimiento real, alimentado este por aquellas, y viceversa. Aceptado, en coherencia con el sistema institucional de la CSE, que las decisiones del CEDS «no tienen fuerza ejecutiva» directa (Malinowski, 2021, p. 33), ¿pueden reducirse a meras «regañeras», como lamentaba, con su gracejo granadino, el maestro Vida (2016, p. 932)? Este tipo de reduccionismo y confusiones no se da solo en España, también en otros países, si bien es posible hallar experiencias más receptivas, como la de Italia.

Aceptado, en coherencia con el sistema institucional de la CSE, que las decisiones del CEDS «no tienen fuerza ejecutiva» directa, ¿pueden reducirse a meras «regañeras», como lamentaba, con su gracejo granadino, el maestro Vida? Este tipo de reduccionismo y confusiones no se da solo en España

Para ilustrar esta ininteligible diferencia radical de valoración, por parte de las autoridades supremas nacionales europeas, de la autoridad jurídica, interpretativa y/o de sentido (cuasi) jurisdiccional de la doctrina del CEDS, volvamos sobre uno de los temas de mayor conflictividad hoy: el sistema de protección frente al despido arbitrario o sin causa justa. Y, como se anticipó, lo haremos de la mano de dos sentencias judiciales muy recientes y de gran relevancia para un análisis más global de impacto, no solo como fuente, sino como factor de renovación jurídico-cultural, de la CSEr y de su órgano supremo de garantías, el CEDS: las ya citadas SSTSJ de Madrid 277/2021, de 17 de marzo, y Cataluña 2273/2021, de 23 de abril.

4. El derecho a la reparación adecuada en caso de despidos sin justa causa y el coste de la arbitrariedad: ¿ya «doblan las campanas» por el sistema indemnizatorio legalmente tasado en caso de despidos arbitrarios? Respecto al clásico principio de seguridad en el empleo, se criticó –con razón– a la CSE de 1961 que no contuviera ninguna referencia directa a él, salvo la tangencial y asistemática del artículo 4 (derecho a una retribución equitativa), en su apartado 4 (derecho a un preaviso razonable en el caso del cese). Sin duda el «vacío más llamativo de la Carta, en esta materia notablemente menos progresiva que otras normas internacionales» (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 1978) y, desde luego, por debajo de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio (trabajo de duración determinada). De la conmoción que está creando

en nuestro sistema de contratación, sobre todo a raíz del intenso diálogo/conflicto mantenido por los órganos judiciales internos con el TJUE, bastará traer aquí a colación el nuevo revés para la jurisprudencia del TS que supone la [STJUE de 3 de junio de 2021 \(asunto C-726/19\)](#), incluso, si bien más moderadamente, la [STJUE de 24 de junio de 2021 \(asunto C-550/19\)](#) (pone en cuestión el uso del contrato fijo de obra en la construcción). Se reclama una lucha más efectiva frente al abuso de la temporalidad (cláusula 5.^a), para la solución del problema sistémico que padecemos, con inclusión de indemnizaciones disuasorias frente a tales abusos, sin perjuicio de otras medidas de estabilidad real, [modelo más garantista –rígido para la patronal– que propone, en cambio, el Gobierno para la contratación sin causa.](#)

En esa misma línea de vacíos tuitivos de la seguridad en el empleo en la CSE cabría citar la –no menos sorprendente– ausencia de tutela específica frente al despido sin causa. Si la falta de una garantía explícita de estabilidad en el empleo en el momento de la contratación no ha sido subsanada, lo que no ha impedido al CEDS avanzar en esa dirección, sí que se corrigió para el tiempo de la terminación. El artículo 24 de la [CSEr](#) incluye un sistema abreviado de garantías de protección frente al despido, inspirándose directamente en el [Convenio 158 de la OIT](#), sin duda, mucho más completo y sistemático que aquel. La previsión del artículo 24 de la [CSEr](#) ha de completarse con la de su artículo 29, relativa a la garantía de un procedimiento de consulta de forma previa al despido colectivo, incluyendo también el derecho a la información-consulta en relación con las medidas de acompañamiento social, con referencia expresa a la recolocación. Puede pensarse, de nuevo por comparación jurídica entre las «dos Europas» (que presentan más conflictos que sinergias, como debiera ser), la de la Unión Europea y la del Consejo de Europa (esa cuya Asamblea [acaba de vapulear la respuesta penal al problema con Cataluña](#) –no sorprende que el TS no tenga mucho aprecio a esta dimensión de Europa–), que el artículo 24 de la [CSEr](#) es más garantista que el artículo 30 del [CDFUE](#) –aunque los dos se inspiran en el [Convenio 158 OIT](#)–, no así su artículo 29 en relación con el derecho de la Unión Europea.

En efecto, podría pensarse que, respecto del despido colectivo, nada aportaría el artículo 29 de la [CSEr](#) a la [Directiva 98/59/CE del Consejo](#) (despido colectivo), de uso judicial intensivo (por ejemplo, [STSJ de Cataluña 785/2021, de 9 de febrero](#): nulidad de seis despidos objetivos en el marco de la pandemia por superar los umbrales del despido colectivo, según la doctrina comunitaria –[Marclean](#)– sobre el cómputo más favorable de los 90 días). De interés para la ambigüedad de esta protección comunitaria, por el efecto útil de algunas garantías (sobre todo de procedimiento), pero también para sus límites en el control de las causas y consecuencias, es la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional ([SAN](#)) [de 15 de junio de 2021](#). En ella se condena al Grupo Alcoa Inespal (vendedor), con absolución de Alu Ibérica LC SL y Alu Ibérica AVL SL (compradoras –hoy del Grupo Riesgo–), al cumplimiento efectivo del acuerdo alcanzado con las plantillas de sus plantas en Avilés y A Coruña. Este acuerdo incluyó una medida complementaria consistente en la reindustrialización de las plantas como garantía de mantenimiento del empleo, mediante su venta a una empresa seria y solvente (lo que se quiere para el centro de San Cibrao –Lugo–; en tanto se anuló el despido colectivo por la STSJ de Galicia 48/2020, de 17 de diciembre). Incumplido ese

acuerdo, se condena al verdadero empleador a cumplir con las condiciones pactadas para los ceses por causas objetivas (apdo. 7), entre las que se incluye un «Plan de recolocación externa» (apdo. 8) (Rodríguez Rodríguez, 2021).

Ahora bien, como los propios sindicatos temen, el triunfo judicial no garantiza, *per se*, la continuidad final del empleo, que necesita de medidas adecuadas, en particular de los planes reales de reindustrialización. Aunque tampoco –pese a lo que ahora se reivindica, con algo de vana nostalgia– el modelo de autorización administrativa garantizó la estabilidad real (significó un mayor poder de negociación al alza de la indemnización, o, en su caso, de bajas voluntarias), el modelo de liberalización y responsabilización plena de la empresa deja en manos del acuerdo, en su caso, esta suerte. No por casualidad, también en otro sector, del que ya se ha dado cuenta en números precedentes (número de junio/2021), como en el bancario, el Gobierno reclama de las empresas un ejercicio de su poder de **regulación extintiva de empleo con responsabilidad social** –salida acordada, preferencia de las prejubilaciones, recolocaciones internas, etc.–, en vez de ejercer un poder de autoridad corrector de la libertad (modelo intervencionista). Emerge, así, la cuestión nuclear de cuáles son las medidas más adecuadas para procurar un equilibrio a la hora del momento traumático de la extinción. Ello cuando media causa válida, mucho más cuando no media, sino que se trata de un despido –en cualquiera de sus modalidades– sin causa justificativa.

El artículo 24 de la CSEr no incluye la garantía de nulidad (estabilidad real), pero tampoco la excluye, porque optó por un modelo abierto: derecho a la reparación adecuada, en línea con lo que prevé el artículo 10 del **Convenio 158 de la OIT**. Por eso, es uno de esos ámbitos del derecho interno para el que la ratificación del sistema normativo y de control directo de la CSEr debe ser un factor clave de rectificación e innovación, normativa y cultural, para el derecho del trabajo español, a fin de alinearlo con otros de nuestro entorno socioeconómico y cultural que, tras desviaciones en los tiempos de la crisis precedente (financiera), tornan por la senda garantista social europea. Así ha sucedido con Italia, como se indicó, por la vía interpretativa de su alto tribunal de garantías constitucionales, y así se sigue intentando que suceda en Francia, pese a que aquí tanto su Consejo de Estado como su Corte Constitucional se resisten. De ahí que el conflicto, vivificando el sistema multinivel de protección efectiva frente al despido sin causa justa, esté ahora en el CEDS, en virtud de diversas reclamaciones colectivas sindicales (cuatro, dos admitidas en 2018 y dos en 2019). Aunque el Gobierno francés no parece haber aprendido que «cuando las barbas de tu vecino veas pelar, pon las tuyas a [...]», e insiste en que no hay compatibilidad alguna entre el sistema de indemnización legal tasada y la norma constitucional social europea, no hay razón alguna para que el final de esta vía de control por el órgano de garantías supremo del sistema de la CSEr difiera a los casos precedentes, como el italiano (o el finlandés). ¿Y España?

El artículo 24 de la CSEr no incluye la garantía de nulidad (estabilidad real), pero tampoco la excluye, porque optó por un modelo abierto: derecho a la reparación adecuada, en línea con lo que prevé el artículo 10 del Convenio 158 de la OIT

La citada [STSJ de Madrid 277/2021, de 17 de marzo](#), nos ha privado de una respuesta inicial tanto a la cuestión competencial (si el derecho a una indemnización adecuada puede ser tasado legalmente o si, al contrario, corresponderá fijarlo, para cada caso, a los órganos judiciales) como a la cuestión material (si la indemnización resultante de un sistema de cálculo legalmente fijado resulta adecuada o no). Rechazado que del juicio de convencionalidad ex artículo 10 del [Convenio 158 de la OIT](#) pueda derivarse tal disconformidad (la [STSJ de Madrid 130/2021, de 1 de marzo](#), vuelve a la vieja doctrina jurisprudencial del carácter no ejecutivo de esta norma), queda abierta la solución respecto del artículo 24 de la [CSEr](#). Ya está ratificado y en vigor.

En consecuencia, ahora sí cabe plantear formalmente el carácter vinculante (o no) de la consolidada doctrina interpretativa del CEDS en la materia, sin que cuestiones procesales permitan seguir eludiendo afrontar tan relevante clave interpretativa (por ejemplo, [STSJ de Madrid 195/2021, de 18 de marzo](#) –no entró en ese control porque no se invocó ni en la demanda ni en el acto del juicio–). Más incomprensible resulta, conforme al [artículo 96 de la CE](#) y a la [STC 140/2018](#), que un órgano judicial pueda sostener hoy que:

Ahora sí cabe plantear formalmente el carácter vinculante (o no) de la consolidada doctrina interpretativa del CEDS en la materia, sin que cuestiones procesales permitan seguir eludiendo afrontar tan relevante clave interpretativa

Si el legislador español no hubiera cumplido las disposiciones del Convenio [en el caso, el 158 OIT], sería una cuestión que no puede ser examinada en el marco de un proceso judicial, sino en la normativa de la constitución de la OIT y los medios de control que en ella se articulan respecto al cumplimiento de sus disposiciones por los Estados signatarios de los convenios ([STSJ de Madrid 130/2021, de 1 de marzo](#), FJ 3.º, *in fine*).

Pareciera desconocer el juicio de convencionalidad, juicio que no es opcional, sino obligatorio ex [artículo 24 de la CE](#) en relación con su [artículo 96](#). La doble ratificación del sistema perfeccionado de la Constitución Social Europea (instrumento normativo y garantía de control en procedimiento de reclamación colectiva, cuyo carácter contradictorio le otorga un valor –cuasi– jurisdiccional) debe promover un giro esencial.

No obstante, en principio, si bien la respuesta debiera ser favorable al valor jurídico de esta doctrina, como un sistema de criterios de autoridad interpretativa de órgano máximo de garantía (en línea con lo que el TC viene afirmando, como, por ejemplo, respecto del cuerpo de doctrina del Comité de Libertad Sindical, órgano no jurisdiccional, pero con una autoridad de órgano de garantías máximo de cumplimiento innegable, en el ámbito de la OIT), la sala social madrileña deja dudas. La doctrina del CEDS solo vincularía como «derecho derivado», si cumple «el principio de atribución [...] al amparo del

art. 93 CE», esto es, vía ley orgánica (caso del derecho de la Unión Europea), no por la vía del [artículo 94 de la CE](#) (autorización por las Cortes). Un enrocado en la tradicional resistencia a reconocerle el debido valor de órgano máximo o supremo de garantías jurídico-sociales que tiene otros precedentes ([STSJ de Castilla y León de 18 de mayo de 2016, rec. 361/2016](#)) y subyace a decisiones posteriores (por ejemplo, SSTSJ de [Madrid 195/2021, de 18 de marzo](#); [Galicia de 26 de marzo de 2021, rec. 4733/2020](#) –expresamente reclama la jurisprudencia tradicional–).

Como ha evidenciado la doctrina más solvente (Luis Jimena, Carmen Salcedo), tal visión tradicional tiende a confundir el momento de la decisión del CEDS con el de la ejecución (más precisa la [STS, Sala 3.ª, de 25 de mayo de 2012, rec. 3340/2011](#)). Si el primero es competencia exclusiva del órgano de garantías, siendo obligatoria porque su decisión jurídica no puede condicionarse por el Comité de Ministros, el segundo corresponde a este. Por cierto, una dicotomía que el artículo 47.2 del [CEDH](#) asume de forma análoga –no idéntica, cierto– para el TEDH: sus sentencias son, *per se*, obligatorias, no ejecutorias; la ejecución se atribuye al Comité de Ministros (que dicta resoluciones y/o recomendaciones).

Por fortuna, este enrocado tradicionalista no alcanza la misma intensidad en todos los niveles jurisdiccionales internos. En este sentido, la también citada [STSJ de Cataluña 2273/2021, de 23 de abril](#), aunque asume, como regla general, esta –pretendida– prohibición legal para imponer la indemnización que parezca más adecuada en cada caso por parte del órgano jurisdiccional, a tenor de las características de cada despido improcedente, no tiene reparo en reconocer que, en virtud del juicio de convencionalidad *ex* artículo 10 del [Convenio 158 de la OIT](#) y artículo 24 de la [CSEr](#), en el derecho español deben establecerse excepciones. Para ello pone tres condiciones. A saber:

En este sentido, la STSJ de Cataluña 2273/2021, de 23 de abril, no tiene reparo en reconocer que, en virtud del juicio de convencionalidad *ex* artículo 10 del Convenio 158 de la OIT y artículo 24 de la CSEr, en el derecho español deben establecerse excepciones. Para ello pone tres condiciones

- Que la indemnización resulte claramente insuficiente para cumplir con la finalidad de reparación adecuada.
- Que sea de evidencia la arbitrariedad de la decisión empresarial de despido, por resultar manifiestamente ilegal, fraudulenta o abusiva.
- Que los daños y perjuicios que vayan más allá del lucro cesante sean cuantificados en la demanda y acreditados en el acto de juicio, descartando toda aplicación de oficio, incluso una facilitación de prueba *ex* [artículo 183 de la LRJS](#) (típica regla civilista *ex* [art. 1.106 Código Civil –CC–](#)).

En suma, se asume la apertura legal interna a los imperativos internacionales sociales de una indemnización adicional, pero no como regla general, sino como vía muy excepcional. La corrección de la arbitrariedad empresarial no puede venir de la mano de la arbitrariedad judicial. Tampoco podemos ir más allá en este análisis. Sí conviene evidenciar que esta doctrina judicial aperturista ha orillado también por completo la doctrina de los órganos de garantía, tanto la de la CEACR (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, de la OIT) como del CEDS, pese a que el TC viene exigiéndolo como una condición inexorable para comprender el sentido de las normas de fuente internacional (STC 140/2018). Su valor jurídico es manifiesto, aunque no actúe como motivo de «infracción de jurisprudencia» del CEDS para la suplicación o la casación (interesante el análisis en este número del magistrado director del Gabinete Técnico del TS, Juan Manuel San Cristóbal Villanueva). Pero no por ello cabe infravalorar su debido uso interpretativo para atribuir sentido práctico (y exigible) a las normas sociales europeas.

5. Del juicio de convencionalidad a la garantía de gobernanza colectiva del cumplimiento del sistema de derechos de la Constitución Social de Europa: el procedimiento (¿cuasi judicial?) de reclamación colectiva. Honestamente, aunque estoy convencido de que nuestro sistema (arts. 56 ET y 110 LRJS) no se ajusta al artículo 24 de la CSEr y amerita una fuerte crítica del CEDS, no será nada fácil remover, ni tan siquiera con un cambio legal expreso, las resistencias jurisdiccionales al modelo abierto querido por las normas sociales internacionales de referencia, porque no son verdaderamente técnicas, o no solo técnicas, sino también, sobre todo, culturales. Ahora bien, con la misma honestidad científico-social, hay que advertir que ya no será posible mantener ni en la invisibilidad ni en la inoperatividad esta disconformidad, ni la refracción jurisdiccional a su cambio. La ratificación del Protocolo de 1995 abre una vía directa para que los sindicatos puedan denunciar expresamente esa disconformidad y obtener una decisión directa de reprobación, de disconformidad, mediante reclamación colectiva, un procedimiento contradictorio (el art. 7.4 Protocolo de 1995 incluso prevé audiencia de ambas representaciones) y, tiende a asumirse, como «cuasi jurisdiccional».

Cierto, no suele gustar, en el seno de las posiciones más firmemente convencidas sobre la fuerza de obligar de la doctrina del CEDS, esta recurrente calificación, que parece dejar a mitad su ser jurídico, infravalorando su función de garantía jurídico-social constitucional. Como en la canción de Melendi, «cuasi» sería también aquí, para el CEDS, «el silencio donde se esconde el valor/[...] el prisionero de la duda/[...] la semilla de la que nace la flor/que queda en capullo de por vida/[el que] vive siempre destemplado y a la espera/de algún movimiento inesperado [...]». Y, sin embargo, a mí me parece que, lejos de perpetuar esa –histórica, arraigada, injusta y errada– infravaloración, permite reflejar bien tanto las limitaciones del sistema de garantía, evidenciadas desde antiguo por el maestro Vida, cuanto igualmente, y sobre todo, su verdadero ser jurídico, explicando la ya referida dualidad entre obligatoriedad (declarativa) y ejecutoriedad directa. Si, como los célebres «cuasi contratos» (art. 1.887 CC), que no son negocios contractuales, pero sí crean obligaciones para las partes afectadas, las decisiones de fondo del CEDS no son sentencias ejecutivas,

pero sí crean obligaciones (las resoluciones se dictan por el Comité de Ministros), a integrar de forma efectiva tanto en el proceso de interpretación judicial como en el legislativo, y en los de diálogo social (Malinowski, 2021, p. 33). En suma, así como la autoridad interpretativa del Comité de Libertad Sindical nunca ha desmerecido por no emanar de un órgano jurisprudencial, tampoco el CEDS debe desmerecer por no ser órgano judicial, que no lo es, siendo su autoridad hermenéutica efectiva y su doctrina exigible.

En todo caso, la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas, ahora culminada, por fin, dará mucha más visibilidad y operatividad al CEDS y su doctrina, a fin de alentar una acción de control político-jurídico del cumplimiento del sistema constitucional social europeo bastante más efectiva y democrática.

Además, servirá para corregir la escasa atención –hay que ser también aquí honestos con la realidad–, prestada hasta hoy, al sistema de control de la CSE, por los interlocutores sociales, en especial por las organizaciones sindicales (también, aunque menos para las patronales), dado que apenas han llevado a cabo observaciones en el sistema de control mediante informes (y resuelto con conclusiones). Y ello pese a continuas [llamadas por parte de la institución](#), como ahora para el control, mediante el sistema de informes, de buena parte de las medidas COVID-19 (para algunos ejemplos de utilidad de la CSEr, como el derecho a la protección de la salud laboral, para controlar las políticas, públicas y empresariales, respecto de la gestión de la COVID-19, de interés el [análisis](#) del magistrado Preciado Domènech).

La ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas, ahora culminada, por fin, dará mucha más visibilidad y operatividad al CEDS y su doctrina

Cierto, no son los sindicatos los únicos sujetos sociales potencialmente legitimados para accionar por esta vía. Se contempla una visión más amplia de legitimación social, hasta el punto de reconocer también una posibilidad de acción colectiva a determinadas ONG (es el caso, por ejemplo, para las citadas [decisiones de fondo sobre equidad retributiva por razón de género: ONG internacional University Women Europe –UWE–](#)). Pero no menos verdad es que son ellos los que vienen desempeñando un papel estelar, como prueba el apenas referido tema de la denuncia del sistema de indemnizaciones tasadas por despidos sin causa.

Se inaugurará, así, una vía conspicua para la defensa, directa, sin necesidad de agotar las vías internas, incluso preventiva, sin necesidad de esperar la lesión, de los derechos. Desde luego que, en relación con los derechos colectivos, adquieren una especial significación en el actual sistema de gobernanza democrática social que representa la CSE, pero también para el conjunto de derechos sociales. El procedimiento de reclamaciones colectivas sería, en palabras de su actual presidenta (Karin Lucas), una garantía jurídico-democrática indispensable, ahora que cumple su 60 aniversario, [«para acompañar la recuperación económica y garantizar el cumplimiento de una amplia gama de derechos sociales»](#). No es banal la cita, pues mientras la Comisión Europea se preocupa de que la recuperación mantenga reformas que se adoptaron en la crisis anterior, conforme a leyes de mercado, el CEDS insiste en la prevalencia de lo social.

Debe tenerse bien en cuenta que, pese a su funcionamiento diferenciado, el sistema de supervisión mediante estas reclamaciones colectivas-decisiones de fondo y el relativo a los informes-conclusiones deberán verse de forma integrada, porque el órgano de control supremo es uno y el mismo. Así, como [se reconoce en su propia web](#), incluso si no son directamente ejecutivos en los sistemas legales nacionales, establecen el derecho –respecto de disposiciones que sí son vinculantes, como las de la CSE– y pueden sentar –como órgano de control del cumplimiento de la CSE– las bases para desarrollos positivos en los derechos sociales a través de la legislación y la jurisprudencia a nivel nacional.

Si se compara esta visión institucional interna del papel del CEDS con la doctrina del TC, se verá, desde un plano estrictamente normativo, que otra cosa es la práctica más errática seguida, una cuasi identidad. Así, el TC ha venido distinguiendo claramente entre el valor jurídico de la doctrina de los órganos de control del cumplimiento estatal de una norma internacional social y la naturaleza jurisdiccional de una decisión, de modo que la ausencia de esta no priva de aquel (por ejemplo, [STC 116/2006, de 24 de abril](#), en relación con las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU; [STC 51/2021, de 15 de marzo](#), para la Observación general núm. 6/2018, sobre la igualdad y la no discriminación del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad –CRPD/C/GC/6–). No puede ser más claro ([lo resalta en este número el magistrado González de Rivera Serra](#)):

[...] que los dictámenes del Comité [...] no tengan fuerza ejecutoria directa [...] no implica que carezcan de [...] efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el pacto y que [...] no solo forma parte de nuestro derecho interno, [...] sino que [...] los derechos fundamentales y libertades públicas [...] deben interpretarse de conformidad [...] [con la] interpretación [...] que [...] llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2.º).

«Que los dictámenes del Comité [...] no tengan fuerza ejecutoria directa [...] no implica que carezcan de [...] efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el pacto [...]» (STC 116/2006)

Numerosos serían los ejemplos de la experiencia más actual, también más conflictiva, en los que esta nueva vía de control democrático, y en forma contradictoria, del cumplimiento efectivo de los derechos sociales de la CSE, sean individuales sean colectivos, auspicia cambios, o al menos oportunidad de ellos, en el modo actual de entender determinadas instituciones y situaciones sociolaborales. En algunos casos, la invocación de la CSE resulta más bien forzada, a mayor abundamiento y con un papel testimonial. Sería el caso, para citar uno reciente, de la [STS 582/2021, de 27 de mayo](#).

A su entender, no cabe invocar el artículo 4.5 de la CSE –prohibición de retenciones salariales fuera de las previsiones legales– para enervar su doctrina favorable a admitir que la

empresa descuenta a las personas trabajadoras los retrasos en el ingreso al trabajo, sin perjuicio del ejercicio del poder disciplinario, porque la norma europea presumiría una situación lícita por parte de la persona trabajadora y sin que se trate de una multa de haber. En otros supuestos, la doctrina del CEDS puede –y debe– tener un papel disruptivo de gran calado futuro. Así, como refleja el «diálogo» de González de Rivera, respecto de la cada vez más incierta distinción entre «los tiempos de trabajo» y los «tiempos de descanso», la rígida dicotomía mantenida por el TJUE, en particular al calificar los extendidos e intensivos «tiempos de disponibilidad», y seguida de forma muy estricta por el TS, contrasta con la doctrina del CEDS, que es más propicia a calificar como tiempos de trabajo los tiempos de disponibilidad no presenciales.

Un nuevo conflicto entre la doctrina del TJUE y la doctrina del CEDS que conoce, en el ámbito de los derechos colectivos, notorios episodios. Fue el caso de las célebres sentencias del TJUE «[Viking](#)» y «[Laval](#)», en las que el reconocimiento de las acciones colectivas como derechos sociales fundamentales comunitarios fue más teórico (principio normativo) que real (efecto útil), dando primacía efectiva a las libertades económicas. Una doctrina comunitaria que no solo sería contradictoria con la jurisprudencia del TEDH, [como expresaría el Comité Económico y Social Europeo](#), sino también, y más radicalmente, con la doctrina del CEDS. Su doctrina prima tales derechos colectivos sobre las libertades económicas comunitarias ([decisión de fondo de 3 de julio de 2013](#) –seguida de [Resolución del Comité de Ministros de 5 de febrero de 2014](#)–, que [declara que Suecia, al cumplir con la sentencia comunitaria Laval, violó los arts. 4, 6 y 19 CSE](#)) o sobre la seguridad del Estado, como para los/las profesionales militares (por ejemplo, [decisión de fondo de 12 de septiembre de 2017, reclamación colectiva 112/2014, de la Organización Europea de Asociaciones Militares –EUROMIL– c. Irlanda](#)). Más dubitativo se muestra el TEDH respecto del artículo 11 del CEDH, reflejándose en la jurisprudencia española (por ejemplo, [STS 549/2016, de 22 de junio](#), que niega libertad sindical para la Guardia Civil). Prueba de ello es la [Sentencia del TEDH de 10 de junio de 2021](#), que, como en su día el TJUE, considera un boicot sindical ilegal presionar a una empresa extranjera para firmar un convenio colectivo en el país de prestación.

Ni los problemas desaparecen, ni se superan los conflictos raíces en la constitución de Europa, ni es una situación conflictiva solo fuera de España. Un ejemplo de ello es la polémica [SAN 127/2021, de 31 de mayo](#). Con argumentos más que discutibles (en próximos números se hará el análisis exhaustivo que amerita), la AN estima la demanda colectiva (de impugnación de convenio) frente al IV Acuerdo Marco para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria y sus modificaciones posteriores, en especial las relativas a la garantía de estabilidad en el empleo consistente en una cláusula de subrogación empresarial, para reducir los efectos negativos en la seguridad en el empleo del proceso de liberalización promovido por el TJUE. En suma, de nuevo, la libertad empresarial de contratación, como contenido de la libre competencia, primaría sobre las condiciones sociales de un determinado mercado de trabajo, en el caso portuario.

En otros términos, las reglas de mercado defendidas a ultranza por la autoridad de defensa de la competencia se imponen a la dimensión de institución social del mercado

de trabajo, como si fuese un mercado de bienes y servicios más. A la incertidumbre creada por esta decisión judicial de favor hacia la libertad de mercado, lo opuesto de su confesado deseo de dar seguridad jurídica a la situación –convulsa desde hace 4 años, pese a dos reformas legislativas–, se suma una clara inversión de orden de derechos y libertades fundamentales. Qué duda cabe de que, además de los argumentos del derecho de la Unión Europea garante de la subrogación empresarial, muy bien haría el recurso ante el TS en atender a la doctrina del CEDS, contraria a esta mercantilización absoluta de los mercados de trabajo, sin perjuicio de tener ahora abierta la vía de la reclamación directa ante el propio CEDS. Veremos nuevos episodios de este conflicto.

6. Sin unas garantías serias de la existencia (material) de las personas (derechos sociales), no puede haber verdaderas esencias (derechos civiles). No es recomendable seguir profundizando en este análisis introductorio del enorme valor, no solo jurídico sino cultural, que debe implicar la doble ratificación, muy esperada desde hace décadas, de la CSEr y del Protocolo de 1995 y que [acaba de realizar España](#), en el 60 aniversario de la CSE originaria (1961). A lo largo de las páginas que siguen y que integran este monográfico conmemorativo se hallarán numerosos ejemplos, siempre con sus sombras, por supuesto, pero sin superar sus mayores luces. Ahora bastará con destacar una idea central del entero sistema de la CSEr y que el CEDS trata de guardar con celo y en términos de exigibilidad jurídica razonable, no de meras recomendaciones o criterios de buena voluntad: los valores sociales (por ejemplo, principio de progresividad social del Estado democrático de derecho) son complementos necesarios para la efectividad de los valores de civilización humana y sin los cuales estos se diluyen o tornan meramente formales, abstractos. Por lo tanto, la defensa de la dignidad humana no puede deslindarse de sus derechos sociales.

Las reglas de mercado defendidas a ultranza por la autoridad de defensa de la competencia se imponen a la dimensión de institución social del mercado de trabajo, como si fuese un mercado de bienes y servicios más

Pero los valores sociales son complementos necesarios para la efectividad de los valores de civilización humana y sin los cuales estos se diluyen

No por casualidad la **CSEr** reconoce, como derecho subjetivo, no solo como valor y como criterio de interpretación ([art. 10 CE](#)), la dignidad humana, sin que esta garantía pueda agotarse, con ser muy importante, en la protección frente al acoso, en todas sus modalidades, sexual y moral, de las personas trabajadoras ([art. 26](#)). Una protección pionera en un plano global, pues se reconoció en fechas tempranas, sin que la doctrina judicial reparara demasiado en ello (trataremos este tema en el monográfico de doctrina judicial sobre los riesgos laborales psicosociales en el número de agosto-septiembre). Solo de forma tangencial algunas doctrinas de suplicación incluyeron la referencia al precepto constitucional social europeo, pero a mayor abundamiento, sin implicaciones operativas o concretas.

Ciertamente, este ámbito de tutela tendrá como referente principal en el futuro próximo al [Convenio 190 de la OIT](#), sobre violencia y acoso en el trabajo (en vigor desde el 25 de junio de 2021 para los países que lo han ratificado –España está en el proceso, aunque va muy lento–). No obstante, enlaza directamente también con la protección en la rama de derechos civiles, el Consejo de Europa frente a la explotación, sexual y laboral, así como con el principio pro persona, tan determinante de la doctrina del CEDS (lo recuerda Luis Jimena en el [estudio](#) aquí incluido).

Así lo han reflejado –por referir a otro ámbito de cuestiones relevantes para España– las recientes Conclusiones –algo duras– [XXII-1, de 29 de enero de 2021](#), sobre España, en relación con la aplicación del artículo 1.2 de la CSE (libertad de elección del trabajo). Esta posición media en un tema muy espinoso en nuestro país, como es la situación de las personas trabajadoras en el campo, en especial las mujeres migrantes en el sector de los frutos rojos, pues da la voz de alarma –en línea con algunas actuaciones inspectoras internas– sobre los riesgos de explotación laboral en este sector (muy interesante para la protección de las personas migrantes y refugiadas en el marco de la CSE el [análisis](#) de la profesora Miñarro Yanini). Así, haciéndose eco de los –muy críticos– informes anuales del Grupo de Expertos contra la Trata de Seres Humanos (GRETA), relativos a la implementación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos por España (concretamente del de [2018](#)), «toma nota de que se han expresado preocupaciones sobre la explotación» de personas trabajadoras migrantes en ese sector. Se asume el [Informe de la ONU](#), a mi juicio con un cierto exceso de generalización, en el que se concluye que «la completa dependencia de los trabajadores migrantes estacionales en el negocio de la fresa en Huelva conduce habitualmente a situaciones que equivalen a trabajos forzados [...]».

Se confirma, una vez más, que, para el CEDS, los derechos fundamentales deben vincularse a la persona y a su amplio conjunto de situaciones de necesidad, no a cuestiones formales. Las «esencias humanas», pues, se protegen atendiendo a sus concretas «existencias» materiales. Una dimensión existencial, más material que formal, ahora revalorizada, por cierto, en un ámbito especialmente conflictivo, no solo jurídicamente, sino en el plano social, por la polémica –aunque correcta, para mí prudente– [STS 584/2021, de 1 de junio](#). En ella, revocando la prohibicionista de instancia (AN), se dará validez a los estatutos sindicales de OTRAS (Organización de Trabajadoras Sexuales), no bajo la pretensión –ínsita en la organización– de legalización de la prostitución como trabajo sexual, por cuenta propia (ya legitimado) o por cuenta ajena (de momento ilegal), que el TS rechazará, sino de su obligación de garantizar la efectividad de la libertad sindical a toda persona en situación de necesidad.

Se confirma, una vez más, que, para el CEDS, los derechos fundamentales deben vincularse a la persona y a su amplio conjunto de situaciones de necesidad, no a cuestiones formales

En suma, una cosa es el derecho a la reivindicación de un adecuado estatuto jurídico-social de cobertura y otra el derecho a que se reconozca el pretendido, lo que dependerá

de la decisión legislativa concreta en el marco de un debate social y parlamentario. Justamente, este tipo de debates vuelven a abrirse camino en la actualidad española, en la que, conflictos gubernamentales internos al margen, parece intensificarse la [posición política y social abolicionista de la prostitución](#), distanciándose radicalmente de los sectores que, por el contrario, postulan su regulación y a la que la sentencia referida habría dado alas. Ahora bien, del mismo modo que el debate también actual sobre los excesos de penalización en España de ciertas libertades civiles, como la libertad de expresión, por muy desabridos e incluso molestos, desde luego de mal gusto, que puedan ser los resultados de su ejercicio, está orientado por los compromisos de España con el Consejo de Europa y su [CEDH](#) (también por las frecuentes condenas formuladas por el TEDH), también los debates que afectan a derechos sociales deben estar presididos, y ser orientados, por los compromisos recientemente adquiridos con el Consejo de Europa en su rama social.

El sistema de la CSEr debe abandonar ya su precedente estatus de «cenicienta» para ocupar su «trono» como lo que es, la Constitución Social de Europa, no solo «princesa» del cuento, sino la ahora ya «reina» de las normas sociales «tomada realmente en serio». La doble ratificación debe dar no solo visibilidad (seguro que ayudaría su traducción a los idiomas oficiales en España como pide la [CES](#) [Confederación Europea de Sindicatos]), sino efectividad a sus derechos, y exigibilidad judicial a sus normas y en el sentido útil, concreto o práctico que deriva de la doctrina jurídicamente relevante del CEDS, como se deriva de la doctrina constitucional.

En suma, cambian principios jurídicos y se añaden otros actores protagonistas, también culturas jurídicas. A la fascinación por el futuro halagüeño (pero sin complacencias, sino críticamente, como nos enseñó el maestro Vida y ahora reafirma Luis Jimena al comienzo de su [estudio](#) para este monográfico) suma la incertidumbre por la mayor inseguridad que provocará el conflicto entre las «dos Europas», a las que hay que exigir más convergencia que divergencia. Pero el reto no tiene retorno. Se acabaron las excusas, es tiempo de las razones, político-jurídicas, técnicas y culturales, para dar el valor que exige, y merece, el entero sistema jurídico de la Constitución Social Europea, su norma (CSEr), a la altura de los derechos civiles, y su órgano supremo de garantías (la doctrina interpretativa del CEDS), al margen de la muy estéril polémica sobre si es o no (cuasi) «jurisprudencial» (ni el CEDS es un órgano judicial, aún, ni dicta sentencias ejecutivas, pero –TC *dixit*– no por ello deja de ser el órgano de garantías que fija la doctrina a tomar seriamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales nacionales).

Se acabaron las excusas, es tiempo de las razones, político-jurídicas, técnicas y culturales, para dar el valor que exige, y merece, el entero sistema jurídico de la Constitución Social Europea

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 5-30.