

Trabajo y Seguridad Social. CEF

Revista mensual núm. 460 | Julio 2021

ISSN: 1138-9532



La Carta Social Europea revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas: ¿abre su ratificación una revolución jurídico-social?

Tu currículum no dice que
**DESPUÉS DEL
TRABAJO SEGUÍAS
TRABAJANDO
EN TU FUTURO.**

En UDIMA reconocemos tu esfuerzo. Por eso te ofrecemos una metodología online que encaja con tu ritmo de vida, sea cual sea.

ERES MÁS DE LO QUE SE VE
udima.es



Nuestro equipo de profesionales hace de la UDIMA un lugar donde cumplir tus sueños y objetivos: profesores, tutores personales, asesores y personal de administración y servicios trabajan para que de lo único que tengas que preocuparte sea de estudiar.

GRADOS OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Ingeniería de Organización Industrial • Ingeniería de Tecnologías y Servicios de Telecomunicación • Ingeniería Informática

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Magisterio de Educación Infantil • Magisterio de Educación Primaria • Psicología (rama Ciencias de la Salud)

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Administración y Dirección de Empresas • Economía • Empresas y Actividades Turísticas • Marketing

Facultad de Ciencias Jurídicas

Ciencias del Trabajo, Relaciones Laborales y Recursos Humanos • Criminología • Derecho

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Historia • Periodismo • Publicidad y Relaciones Públicas

MÁSTERES OFICIALES

Escuela de Ciencias Técnicas e Ingeniería

Energías Renovables y Eficiencia Energética

Facultad de Ciencias de la Salud y la Educación

Dirección y Gestión de Centros Educativos • Enseñanza del Español como Lengua Extranjera • Formación del Profesorado de Educación Secundaria • Gestión Sanitaria • Psicología General Sanitaria • Psicopedagogía • Tecnología Educativa

Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales

Auditoría de Cuentas • Banca y Asesoría Financiera • Dirección Comercial y Marketing • Dirección de Empresas (MBA) • Dirección de Empresas Hoteleras • Dirección de Negocios Internacionales • Dirección Económico-Financiera • Dirección y Gestión Contable • Marketing Digital y Redes Sociales

Facultad de Ciencias Jurídicas

Análisis e Investigación Criminal • Asesoría de Empresas • Asesoría Fiscal • Asesoría Jurídico-Laboral • Dirección y Gestión de Recursos Humanos • Gestión Integrada de Prevención, Calidad y Medio Ambiente • Práctica de la Abogacía • Prevención de Riesgos Laborales

Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades

Interuniversitario en Unión Europea y China • Mercado del Arte • Seguridad, Defensa y Geoestrategia • Sociedad y Relaciones de Poder en el Mundo Premoderno

TÍTULOS PROPIOS Y DOCTORADO

(Consultar en www.udima.es)

¡MATRÍCULA ABIERTA! DESCUENTO ESPECIAL AHORA

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Núm. 460 | Julio 2021

Directora editorial

M.^a Aránzazu de las Heras García. Doctora en Derecho

Consejo de redacción

Director [Cristóbal Molina Navarrete](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén

Subdirector [José Antonio Fernández Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

Secretaria [Margarita Miñarro Yanini](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Consejo asesor

[Carlos Alfonso Mellado](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

[Juan Pablo Borregón Baños](#). Presidente de Aedipe y director de Recursos Humanos de SCI

[Laura Calafá](#). Profesora titular de Derecho del Trabajo. Università di Verona (Italia)

[Faustino Cavas Martínez](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia

[Eva Cifre Gallego](#). Profesora titular de Psicología Social. Universidad Jaime I

[Manuel Fernández Ríos](#). Catedrático de Psicología Social (Organización y Recursos Humanos). Universidad Autónoma de Madrid

[Jordi García Viña](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

[Ana Gómez Hernández](#). Presidenta de la Asociación Nacional de Laboralistas

[Celia Gutiérrez Valero](#). PhD, HR Director, Southern Europe & North Africa, de Westcon & Comstor

[Eugenio Lanzadera Arencibia](#). Doctor en Derecho y Ciencia Política. Profesor de Derecho del Trabajo. Universidad a Distancia de Madrid

[Loïc Lerouge](#). Director de investigación del Centro Nacional de Investigación Científica. Centro de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social. Université de Bordeaux (Francia)

[Gianni Loy](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Università degli Studi di Cagliari (Italia)

[Nelson Manrñich](#). Presidente da Academia Nacional de Direito do Trabalho (Brasil)

[Verónica Martínez Barbero](#). Directora general de Trabajo. Ministerio de Trabajo y Economía Social

[Lourdes Mella Méndez](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela

[Antonio Ortega Parra](#). Consejero ejecutivo y director general de Personas, Medios y Tecnología de Bankia

[Roberto Pereira Costa](#). Presidente de Economistas Asesores Laborales

[Vanessa Pérez Torres](#). Ayudante doctora de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad Rey Juan Carlos

[José Ramos López](#). Catedrático de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Universidad de Valencia

[Alfredo Rodríguez Muñoz](#). Profesor titular de Psicología Social, del Trabajo y Diferencial. Universidad Complutense de Madrid

[Raquel Sanz Valle](#). Catedrática de Organización de Empresas y Finanzas. Universidad de Murcia

[Aránzazu Vicente Palacio](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I

Evaluación externa

[Juan García Blasco](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

[Juan López Gandía](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Politécnica de Valencia

[Carolina Martínez Moreno](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

[Jesús Rafael Mercader Uguina](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III

[Antonio Ojeda Avilés](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla (jubilado)

[Sofía Olarte Encabo](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

[Margarita Isabel Ramos Quintana](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

[Susana Rodríguez Escanciano](#). Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

[Eduardo Rojo Torrecilla](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

[José Luis Tortuero Plaza](#). Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid

Coordinación y edición

Teresa Díez Meriel y Domingo J. Panea Hernando

Centro de Estudios Financieros

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid • Tel. 914 444 920 • editorial@cef.es

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

Redacción, administración y suscripciones

P.º Gral. Martínez Campos, 5, 28010 Madrid
Tel. 914 444 920
Correo electrónico: info@cef.es

Suscripción anual (2021) (12 números en 11 volúmenes) 165 €

Solicitud de números sueltos (cada volumen)

Suscriptores/as 20 €

No suscriptores/as 25 €

En la página www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm encontrará publicados todos los artículos de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* desde el número 100. Podrá acceder libremente a los artículos que se correspondan con su periodo de suscripción. Los anteriores a la fecha de alta en el producto tendrán un coste de 7,5 € por artículo, con un descuento del 50 % para las personas suscritas.

Edita

Centro de Estudios Financieros, SL
Correo electrónico: revistacef@cef.es
Edición digital: www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm
Depósito legal: M-29442-2007
ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X



Imprime

Artes Gráficas Coyve
c/ Destreza, 7
Polígono industrial Los Olivos
28906 Getafe (Madrid)

Indexada en



Acuerdos de colaboración

Con la *Revista de Derecho del Trabajo* de la editorial La Ley (Uruguay) y con la *Revista de Direito e de Estudos Sociais* de la editorial Almedina (Coimbra, Portugal) por los que nos comprometemos a que determinados artículos de estas revistas puedan ser publicados en la nuestra y a la inversa.

© 2021 CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

La editorial, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo, del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

ISSN: 1138-9532
ISSN-e: 2531-212X

Sumario

Monográfico: La Carta Social Europea revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas: ¿abre su ratificación una revolución jurídico-social?

Editorial

- España ratifica la «Constitución Social de Europa»: ¿adiós «cenicienta»; bienvenida «princesa» (no solo de pobres)? 5-30
Cristóbal Molina Navarrete
- Homenaje y agradecimientos en el 60 aniversario de la Carta Social Europea y en el 25 aniversario de la Carta Social Europea revisada 31

Estudios

- La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19 33-72
The European Social Charter as the european social rights treaty par excellence and its increased significance in the context of the COVID-19 pandemic
Luis Jimena Quesada
- El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia 73-127
The European Committee of Social Rights: legis interpretatio legis vim obtinet in its maximum essence and resistance
Carmen Salcedo Beltrán
- Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea 129-146
Social Security rights in the European Social Charter
José Luis Monereo Pérez
- La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea 147-174
The case-law of the European Committee of Social Rights on the violation by Spain of elementary labor rights ruled in the European Social Charter
Xosé Manuel Carril Vázquez

Diálogos de la doctrina judicial y científica con la doctrina judicial y jurisprudencial sobre el sistema de la Carta Social Europea

La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral <i>The applicability of the European Social Charter by the spanish jurisdictional bodies: reflections from the perspective of the regulation of labor appeals</i> Juan Manuel San Cristóbal Villanueva	175-204
Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad <i>Working time and on-call periods</i> Francesc Xavier González de Rivera Serra	205-217
La seguridad y salud en el trabajo. La virtualidad aplicativa de la Carta Social Europea en tiempos de pandemia <i>European Social Charter. Health and safety of workers in times of COVID-19</i> Carlos Hugo Preciado Domènech	218-228
El tratamiento de las personas refugiadas en la Carta Social Europea <i>The treatment of refugees in the European Social Charter</i> Margarita Miñarro Yanini	229-238
Normas de publicación	239-240

Las opiniones vertidas por los autores y las autoras son de su única y exclusiva responsabilidad. CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS, sin necesariamente identificarse con las mismas, no altera dichas opiniones y responde únicamente a la garantía de calidad exigible en artículos científicos.

La suscripción a la revista implica la recepción quincenal por correo electrónico de un **BOLETÍN** informativo sobre novedades legislativas, jurisprudenciales y convenios colectivos. Asimismo, el seguimiento diario de las novedades puede hacerse consultando la página <http://www.laboral-social.com>.

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 mecanicismo 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 CSEr 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 CSEr) 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

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.

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 disconformidad, 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.

HOMENAJE Y AGRADECIMIENTOS EN EL 60 ANIVERSARIO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y EN EL 25 ANIVERSARIO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

Este número monográfico de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF* obedece a dos razones básicamente. La primera, contribuir, en el plano científico, profesional y social, a la celebración de un hecho histórico-jurídico y político-social largamente esperado: la ratificación del sistema de la Carta Social Europea (CSE), la auténtica Constitución Social de Europa. Desde el 1 de julio de 2021, España queda sujeta a la Carta Social Europea revisada (CSEr) y a su garantía de cumplimiento consistente en las reclamaciones colectivas (Protocolo de 1995), sumándose, así, al sistema de control interno propio de la CSE originaria, el sistema de informes. Sin duda, este momento abre un tiempo de retos y desafíos de gran magnitud tanto para los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial), cuanto para la sociedad en su conjunto, y, desde luego, para las personas profesionales del mundo jurídico-social.

La segunda es homenajear a una de las personas más relevantes como precursoras del valor del sistema de la CSE en España y en el conjunto de Europa, el profesor José Vida Soria, primer integrante y presidente español del Comité de Expertos Independientes de la Carta Social Europea. En el 60 aniversario de la CSE originaria y en el 25 aniversario de la CSEr es de justicia volver la mirada a quienes, cuando apenas se conocía en nuestro país, ya advirtieron tanto de su extraordinario valor como instrumento de progreso en la justicia social, cuanto de las enormes piedras que hallaría en el camino para verse hecho realidad, también, fiel a su capacidad de crítica y autocrítica, por algunos «pecados originales» del sistema de control de la CSE. Hoy el profesor Vida Soria se sentiría orgulloso del avance que supone esta ratificación, al tiempo que nos alertaría del riesgo de la complacencia.

Finalmente, la *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, porque de bien nacidas es ser agradecidas, no puede por menos que agradecer a la profesora Carmen Salcedo Beltrán el esfuerzo realizado en la coordinación de este número, para el que ha prestado un extraordinario afán, el que la caracteriza, pero quizás aquí redoblado. A la labor de seleccionar al plantel de magníficas personas especialistas en esta materia, y coordinar todos los estudios y diálogos, debemos sumar su amable gestión con el Consejo de Europa para que nos autoricen a utilizar imágenes propiedad de la institución y que recogemos en portada. Cómo no, nuestro agradecimiento también a Luis Jimena Quesada, segundo presidente español del Comité Europeo de Derechos Sociales, por el magnífico estudio que encabeza el monográfico. Agradecimiento que hago extensivo a los demás colegas que han tenido a bien participar en este, original y oportuno, número monográfico y a los que he ido refiriendo en el editorial: José Luis Monereo Pérez, Xosé Manuel Carril Vázquez, Juan Manuel San Cristóbal Villanueva, Francesc Xavier González de Rivera Serra, Carlos Hugo Preciado Domènech y Margarita Miñarro Yanini.

Cristóbal Molina Navarrete

Director



La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional.

Universidad de Valencia

luis.jimena@uv.es | <https://orcid.org/0000-0003-4041-0576>

Extracto

El presente trabajo aborda la relevancia del tratado más emblemático de derechos sociales (la Carta Social Europea) en el marco de la actual crisis del coronavirus. En este sentido, el epígrafe primero critica los agravios iniciales que se plasmaron en la Carta originaria de 1961, los cuales continúan sorprendentemente invocándose desde posiciones reticentes para evitar la evolución y consolidación del sistema de la Carta. El segundo epígrafe se centra en la Carta Social como «Constitución Social de Europa» a través de la efectividad de su propio sistema garantista y su autoafirmación, tanto en el seno del Consejo de Europa (particularmente, en su relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), como con respecto a la Unión Europea (señaladamente, en comparación con sus instrumentos más significativos –pero más débiles– sobre derechos sociales y con el Tribunal de Justicia). A continuación, los epígrafes tercero y cuarto analizan, sucesivamente, la Carta Social Europea como parte del sistema global de derechos humanos y del sistema constitucional de derechos fundamentales. Por último, el epígrafe quinto incluye unas reflexiones sobre la Carta Social como baluarte continental para los derechos sociales y pilar del modelo social europeo en el contexto de la pandemia de COVID-19.

Palabras clave: Comité Europeo de Derechos Sociales; proceso de Turín; efectividad; principio *pro personae*; voluntad positiva.

Fecha de entrada: 12-05-2021 / Fecha de aceptación: 18-05-2021 / Fecha de revisión: 25-06-2021

Cómo citar: Jimena Quesada, Luis. (2021). La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 33-72.



The European Social Charter as the european social rights treaty par excellence and its increased significance in the context of the COVID-19 pandemic

Luis Jimena Quesada

Abstract

This essay tackles the relevance of the most emblematic social rights treaty (the European Social Charter) in the framework of the current coronavirus crisis. In this sense, the first section criticizes the initial grievances reflected in the original 1961 Charter, which surprisingly continue to be invoked from reluctant positions aiming at avoiding the evolution and consolidation of the Charter system. The second section focuses on the Social Charter as the «Social Constitution for Europe» through the effectiveness of its own guarantee system and its self-affirmation, both within the Council of Europe (particularly, in connection with the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights) and with respect to the European Union (notably, in comparison with its most significant –but weaker– social rights instruments and with the Court of Justice). Next, the third and fourth sections successively analyse the European Social Charter as part of both the global human rights and the constitutional fundamental rights systems. Finally, the fifth section includes some reflections on the Social Charter as the continental beacon for social rights and the pillar of the european social model in the context of the COVID-19 pandemic.

Keywords: European Committee of Social Rights; Turin process; effectiveness; *pro personae* principle; positive will.

Citation: Jimena Quesada, Luis. (2021). The European Social Charter as the european social rights treaty par excellence and its increased significance in the context of the COVID-19 pandemic. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 33-72.

Sumario

1. Aspectos introductorios: la Carta de Turín como Pacto Europeo de Democracia Social
 - 1.1. Los agravios iniciales que debieran estar superados
 - 1.2. La evolución y consolidación del sistema de la CSE
2. La CSE como Constitución Social de Europa
 - 2.1. Su autoafirmación como tratado europeo por excelencia de los derechos sociales: el ímpetu del «proceso de Turín»
 - 2.2. Su autonomía en el seno del Consejo de Europa
 - 2.2.1. El CEDH como complemento natural de la CSE o la «obsesión convencional»
 - 2.2.2. La fortaleza y efectividad del sistema de garantías de la Carta Social
 - 2.3. Su independencia con respecto a la UE
 - 2.3.1. La CDFUE como «hermana pobre» de la CSE: ¿hablamos de principios?
 - 2.3.2. El rol complementario del Tribunal de Justicia o la «exageración comunitaria»: ¿hablamos de justiciabilidad?
 - 2.3.3. El carácter meramente programático del pilar europeo de derechos sociales: ¿hablamos de «soft law»?
3. La CSE como parte del sistema global de derechos humanos
 - 3.1. Del impulso inicial de la Organización Internacional del Trabajo hasta la actual retroalimentación con los instrumentos universales de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales
 - 3.2. De la originaria «divisibilidad» europea a las presentes sinergias con los otros sistemas regionales
4. La CSE como parte del sistema constitucional de derechos fundamentales
 - 4.1. Un verdadero tratado internacional: legitimidad constitucional democrática
 - 4.2. Su posición en el sistema constitucional de fuentes
 - 4.2.1. Lo fundamental: su efectividad y vinculatoriedad para todos los poderes públicos y toda la ciudadanía
 - 4.2.2. Lo subsidiario: su justiciabilidad y el control de convencionalidad
 - 4.2.3. La concreta convencionalidad de la Carta Social
5. Consideraciones finales: la CSE como baluarte continental para los derechos sociales y como pilar del modelo social europeo en tiempos de COVID-19

Referencias bibliográficas

Nota: el presente trabajo se ha elaborado en el marco del grupo de investigación «Derechos Humanos y Carta Social Europea» (referencia: GIUV2013-148).

1. Aspectos introductorios: la Carta de Turín como Pacto Europeo de Democracia Social

De entrada, no resulta ocioso recordar que la Carta de Turín de 1961 fue concebida como verdadero «Pacto Europeo de Democracia Social», el cual completaba al necesario pero insuficiente «Pacto Europeo de Democracia Cívico-Política» representado por el Convenio de Roma de 1950. Así se desprende: de un lado, de la base habilitante del Estatuto fundacional del Consejo de Europa en 1949, que estableció como objetivos fundamentales la acción común tendente a facilitar el «progreso económico y social» de sus Estados miembros (art. 1 a) y el «mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 1 b); y, de otro lado, de los *travaux préparatoires* tanto del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)¹ como de la propia Carta Social Europea (CSE)².

Por otra parte, pareciere innecesario a estas alturas afirmar que la CSE es el «tratado europeo de los derechos sociales por excelencia» como anticipa el título del presente trabajo; y, sin embargo, desgraciadamente tenemos que seguir haciendo de la necesidad virtud. Pues, naturalmente, sostener que la CSE «existe» y que «es un tratado internacional» (esto es, respectivamente, una obviedad y una perogrullada) no admite duda; en cambio, el aparente o real nivel de (des)conocimiento de la CSE (y no digamos del Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS–), incluso en el mundo jurídico, es tal que sigue sembrando una preocupante

¹ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. I, La Haye, 1975, p. 219: en el informe que presentó a la Asamblea Consultiva (Parlamentaria) del Consejo de Europa el 5 de septiembre de 1949, Pierre-Henri Teitgen (uno de los grandes artífices de la elaboración del CEDH y de la instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH–), en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos, observó:

[...] ciertamente, las libertades profesionales y los derechos sociales, de un valor capital, deberán ser asimismo definidos y protegidos en el futuro; sin embargo, ¿quién no entenderá que conviene empezar por el principio, garantizando en la Unión Europea la democracia política, para después coordinar nuestras economías antes de acometer la generalización de la democracia social?

² *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne*, vol. I (1953), Comité des Ministres, 13.^a session, Rapport du Comité *ad hoc* d'experts sociaux. Charte sociale européenne, Strasbourg, le 13 septembre 1953 Confidentiel, CM (53) 99, p. 11: la Carta Social Europea:

[...] sería la continuación lógica de la obra del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos humanos. El preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que las disposiciones de este instrumento constituyen primeros pasos. Hasta ahora, solo se han tenido en cuenta los derechos políticos y los derechos civiles. Ahora es el momento de centrarnos en los derechos económicos y sociales.

incertidumbre. Una preocupación que, lógicamente, alcanza cotas más altas cuando la aprehensión de la CSE y de la labor del CEDS (sobre todo, cuando esa aprehensión va impregnada de disimulada aprensión) figura respaldada por actores de instancias judiciales superiores o por posiciones doctrinales de elevado rango académico (especialmente, en este último caso, cuando confluyen determinadas tareas de asesoría en el ámbito público o privado).

En tales coordenadas, en primer lugar (epígrafe 1) se traerán a colación los agravios iniciales que se plasmaron en la Carta originaria de 1961 y en los que, sorprendentemente, sigue encontrando caldo de cultivo la referida confluencia de factores «reaccionarios» pese a la evolución y consolidación del sistema de la Carta. En este sentido, el segundo epígrafe enfocará la CSE como «Constitución Social de Europa» a través de la efectividad de su propio sistema garantista y su autoafirmación, tanto en el seno del Consejo de Europa (particularmente, en su relación con el CEDH y el TEDH), como con respecto a la Unión Europea (UE) (señaladamente, en comparación con sus instrumentos más significativos –pero más débiles– sobre derechos sociales y con el Tribunal de Justicia –TJUE–). A continuación, los epígrafes 3 y 4 analizarán, sucesivamente, la CSE como parte del sistema global de derechos humanos y del sistema constitucional de derechos fundamentales. Por último, el epígrafe 5 incorporará unas reflexiones sobre la CSE como baluarte continental para los derechos sociales y pilar del modelo social europeo, en la medida en que, sin ciertamente ser la panacea, se ha revelado el instrumento jurídico más idóneo para hacer frente a las crisis socioeconómicas más recientes (incluidas la económica y financiera global desde 2008 o la humanitaria de personas refugiadas desde 2015), agravadas por la actual crisis del coronavirus.

Y una ulterior consideración introductoria: precisamente porque la CSE no es la panacea, la promoción y defensa que de ella se efectúa en la presente contribución no pretende compensar las mencionadas posturas reticentes con un entusiasmo irreflexivo. Al contrario, es menester ponerse a resguardo de todo tipo de narcisismo academicista (como si nuestra dogmática de los derechos y libertades fuera la mejor) o no sucumbir a una catarsis autocomplaciente (como si no hubiera nada más allá de la respectiva sede jurisdiccional para enriquecerse con diálogo más abierto). La pasión por cualquier producto jurídico (incluida la CSE, por descontado) debe traducirse en la emoción por contemplar la realización de la justicia social (por los operadores jurídicos y demás actores de la sociedad civil, pero, sobre todo, desde la óptica de las personas beneficiarias), para lo cual es imprescindible la auto-crítica y la crítica constructiva sin perder de vista la guía del principio *pro personae*.

1.1. Los agravios iniciales que debieran estar superados

El contexto histórico y los avatares de la elaboración y adopción de la CSE en 1961 condujeron a asentarla en unos resortes más endebles que los articulados para el CEDH en 1950. En particular, en el plano del reconocimiento de los derechos se utilizó una fórmula diversa: mientras que el CEDH utiliza corrientemente la fórmula «Toda persona tiene derecho a...», la CSE establece que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a...»,

las partes contratantes se comprometen: [...]». No obstante, ello no deja de ser un desacuerdo de técnica normativa que en modo alguno puede resultar lesivo para la efectividad de los derechos sociales, que tampoco tienen alergia a la justiciabilidad (Aliprantis, 2006, p. 158) y su consiguiente exigibilidad (Abramovich y Courtis, 2002, p. 20).

En segundo término, se instaura, asimismo, un proceder diverso para la asunción de compromisos por las partes contratantes, con un peculiar «menú» que ofrece una ratificación «a la carta» (art. 20) con el descarte o no de algunas disposiciones, frente a la aceptación *in toto* del CEDH. Ese proceder, que pudo tener inicialmente un lado positivo para sumar más Estados miembros del Consejo de Europa a esa concertación social internacional (sin que alguno o algunos preceptos de gran sensibilidad para la cultura sociolaboral de un país pudiera comportar un escollo para la ratificación del tratado), parece hoy insostenible en clave de indivisibilidad, por más que dicha dinámica haya sido análogamente practicada en la UE en sucesivas reformas de los tratados constitutivos (desde el Acta Única Europea hasta el Tratado de Lisboa) al incorporar protocolos sociales «de salida» o «de exclusión» (*op-out*) haciendo avanzar a diversas velocidades la Europa social (Jimena Quesada, 2016, p. 25).

Por lo demás, el CEDS ha llegado a reprochar en ocasiones la inconsistencia de dicha aceptación parcial, haciendo valer la interdependencia sistemática de las diversas disposiciones de la CSE³. Otras veces, diversamente, el CEDS ha defendido una postura no exenta de crítica al avalar, con relación a determinadas disposiciones aceptadas, reservas susceptibles de generar dudas de contrariedad al objeto y fin del tratado a la vista de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴.

Y un tercer agravio, seguramente el más significativo por afectar al nivel de garantías, tiene que ver con el diferente diseño de los mecanismos originarios de control, esto es, el más emblemático jurisdiccional de demanda individual ante el TEDH frente al mecanismo de informes ante el CEDS. Como se verá seguidamente, los reseñados agravios iniciales se han visto en parte superados (merced a las modificaciones del texto inicial de la CSE y a su interpretación evolutiva, cual instrumento «vivo», por parte del CEDS), en parte retroalimentados (tal vez en cierta medida a causa de la incomprensión acerca del alcance de esas mismas reformas textuales).

El caso es que la praxis judicial española muestra desafortunados ejemplos de no superación de los citados agravios iniciales: ya sea extrayendo consecuencias sesgadas del sistema de ratificación «a la carta» para descartar la aplicación de disposiciones aceptadas⁵;

³ Vid. decisión de fondo de 5 de junio de 2008 de resolución de la reclamación número 41/2007 (Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales c. Bulgaria), §§ 33-34.

⁴ Vid. decisión de inadmisibilidad de 18 de octubre de 2016 de la reclamación número 120/2016 (Fellesforbundet for Sjøfolk, FFFS c. Noruega).

⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) (Sala de lo Social) de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005) (FJ 2.º).

ya sea errando en la misma denominación de las resoluciones adoptadas por el CEDS en el marco del sistema de informes⁶ (que, quede claro, no son «informes», sino «conclusiones» de conformidad, no conformidad o diferidas) con la consecuencia (pretendida o no) de soportar una posible inclinación hacia el *soft law*.

1.2. La evolución y consolidación del sistema de la CSE

Como es sabido, el texto de la Carta Social de 1961 ha conocido una evolución, a través de diversas modificaciones o reformas. A estos efectos, conviene mencionar el Protocolo (núm. 1) adicional de 1988 que garantiza cuatro nuevos derechos; el Protocolo (núm. 2) de enmienda de 1991 que prevé la reforma del mecanismo de control⁷; y el Protocolo (núm. 3) adicional de 1995 que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas. Por otra parte, la CSE revisada (CSEr) de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, sustituirá progresivamente a la Carta de 1961, y por medio de esa revisión se «consolidan» en versión única los cuatro derechos introducidos por el Protocolo adicional de 1988, se amplía el catálogo de derechos (con otros nuevos, o con optimización de los ya reconocidos⁸) y se recoge el mecanismo de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo de 1995 (art. D)⁹.

⁶ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 1268/2020, de 7 de octubre (FJ 6.º) (en donde se refiere a «las «recomendaciones» del Comité Europeo de Derechos Sociales y el Comité de Expertos Independientes encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta»; curiosamente, ni existe esa categoría de las «recomendaciones» adoptadas por el CEDS, ni se entiende que distinga entre CEDS y el Comité de Expertos Independientes –así se denominaba el CEDS con anterioridad a 1998– como si se tratara de dos órganos diferentes).

⁷ El contenido del Protocolo de 1991, que formalmente no ha entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados parte en la Carta), pero cuyo contenido en la práctica es aplicado tras una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, mediante la que se pedía a los órganos de control de la Carta que aplicaran ese protocolo incluso antes de su entrada en vigor «en la medida en que el texto de la Carta lo permitiere». Así, todas las disposiciones del Protocolo de 1991 son aplicables, excepto (a diferencia de los jueces y juezas del TEDH) la elección de miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros).

⁸ Los nuevos se corresponden con los artículos 24 a 31 (dado que los arts. 1 a 19 consolidan los equivalentes de la Carta de 1961, mientras los arts. 20 a 23 equivalen a los arts. 1 a 4, respectivamente, del Protocolo de 1988). En cuanto a la optimización de los derechos ya reconocidos, entre otros aspectos, se refuerza la cláusula de no discriminación en el texto articulado (art. E), en lugar de quedar relegada a la proclamación preambular (como sucedía en la Carta de 1961) y, en esa misma línea, se mejora la transversalidad de protección de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los ámbitos cubiertos por el tratado; o se recoge, asimismo, la concepción de plena ciudadanía de las personas con discapacidad, cuya inclusión no queda acotada a las clásicas esferas del trabajo y la educación, sino que se extiende a la autonomía y participación en la vida de la comunidad.

⁹ Al margen de la ratificación directa del Protocolo de 1995, el procedimiento de reclamaciones colectivas es susceptible de aceptación indirecta efectuando la declaración específica prevista en el artículo D.2 de la parte IV de la CSEr: a título de ejemplo, ese fue el proceder de Eslovenia cuando ratificó la versión

El problema radica en que dicha evolución no ha sido capaz de corregir totalmente los referidos agravios iniciales. Por lo pronto, en el plano del reconocimiento de los derechos, tanto el Protocolo de 1988 como la propia Carta revisada de 1996 vuelven a incurrir en la defectuosa técnica normativa de incorporar una innecesaria (y sumamente distorsionadora) parte I de naturaleza programática y, además, desaprovechan la oportunidad en la parte II (de naturaleza obligatoria y vinculante) de utilizar la fórmula de reconocer explícitamente a las personas titulares o beneficiarias «el derecho a».

De igual manera, tanto el Protocolo de 1988 (art. 5) como la Carta de 1996 (art. A) retoman el sistema de ratificación «a la carta», reproduciendo esa peculiar aceptación asimétrica de disposiciones entre las partes contratantes (Márquez Prieto, 2017, p. 972). Esa asimetría llama más poderosamente la atención cuando se confronta con las obligaciones asumidas en el marco de la UE: como ilustración, Italia ha aceptado todos los preceptos de la Carta revisada de 1996 con la excepción del artículo 25¹⁰, que paradójicamente establece obligaciones (sí asumidas por dicho país en el ámbito comunitario europeo) en materia de protección de las personas trabajadoras en caso de insolvencia de la empresa¹¹.

Desde luego, en tercer lugar, el mayor avance se ha verificado en el terreno de las garantías, con la introducción mediante el Protocolo de 1995 del procedimiento de reclamaciones colectivas, que ha coadyuvado a que el CEDS adquiera claros perfiles jurisdiccionales (Jimena Quesada, 2012, p. 165) al tiempo que, de conformidad con los dos objetivos básicos consignados en el preámbulo, contribuye a mejorar «el cumplimiento efectivo de los derechos sociales garantizados por la Carta» y a reforzar «la participación de los agentes sociales y de las organizaciones no gubernamentales». De todas formas, el Protocolo de 1995 introdujo algunos elementos distorsionadores, como referirse a que «si él [el CEDS] decide que una reclamación es admisible» (art. 7) en lugar de aludir a «decisión sobre la admisibilidad», o como llamar «informe» en el que «presenta sus conclusiones» (art. 8) en vez de denominarlo «decisión sobre el fondo»; unas denominaciones que pueden dar pábulo a una eventual praxis judicial nacional incorrecta para, acogéndose al término «informe», dejar torticeramente desprovistas de valor a las vinculantes decisiones del CEDS sobre la admisibilidad y sobre el fondo.

revisada el 7 de mayo de 1999 aceptando simultáneamente el procedimiento de reclamaciones con apoyo en el citado artículo D.2, o el de Bulgaria cuando hizo lo propio el 7 de junio de 2000; y, más recientemente, el de España en fecha 17 de mayo de 2021.

¹⁰ A fecha de hoy (en el momento de cerrarse el presente trabajo a finales de junio de 2021) sigue vigente la declaración formulada por Italia con efectos desde el 1 de septiembre de 1999 en virtud del artículo A.

¹¹ Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Mediante ella, se deroga la anterior Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, que ya había generado problemas de trasposición en Italia dando lugar a la importante Sentencia del Tribunal de Justicia de fecha 19 de noviembre de 1991 (Andrea Francovich y Danila Bonifaci y otros contra República Italiana, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90).

Estas y otras distorsiones (objeto de análisis en epígrafes posteriores) han provocado que los agravios iniciales, que debieran estar superados (epígrafe 1.1, *supra*), hayan persistido. Una superación que, por cierto, tampoco ha contado con el respaldo resuelto del propio Consejo de Europa, si se compara la postura «vacilante» de la organización hacia la CSE y el CEDS con su mayor «deferencia» hacia el CEDH y el TEDH. Sirvan como botón de muestra: el requisito de ratificación del CEDH para pertenecer al Consejo de Europa versus la posibilidad o no de ratificar la CSE para acceder a la organización; el carácter obligatorio de la asunción del recurso individual ante el TEDH frente a la naturaleza facultativa de la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS; o la desigual implicación del Consejo de Europa al promover los protocolos adicionales o de reforma del CEDH y del TEDH (desde el impulso de la Conferencia de Interlaken en febrero de 2010 y sucesivas) en comparación con las modificaciones y reformas de la CSE y del CEDS. El impulso del llamado «proceso de Turín» debería reducir esa brecha entre los dos tratados y sus respectivas instancias de garantía.

2. La CSE como Constitución Social de Europa

2.1. Su autoafirmación como tratado europeo por excelencia de los derechos sociales: el ímpetu del «proceso de Turín»

Es evidente que la CSE se concibió y configuró en 1961 como el tratado europeo más importante en el ámbito de los derechos sociales, tanto cuantitativamente por el amplio catálogo reconocido, como cualitativamente por el alcance de los compromisos, pese al inicial mecanismo no jurisdiccional de informes. Esa concepción y esa configuración quedaron meridianamente reflejadas en los trabajos preparatorios de la CSE de 1961 (Jimena Quesada, 2018b, p. 20).

De hecho, la CSE se situó a la vanguardia de los textos internacionales comprensivos de un catálogo general de derechos sociales, precediendo e inspirando a las tablas análogas en el plano universal (el Pacto de 1966 de derechos económicos, sociales y culturales) o regional (entre otros, el elenco de derechos sociales en la Carta africana de 1981 o el Protocolo de San Salvador interamericano de 1988), sin olvidar la influencia directa en la elaboración de la lista de derechos socioeconómicos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) como se consigna explícitamente en las explicaciones anejas de los redactores (subepígrafe 2.3.1, *infra*). Con carácter añadido, la CSE de 1961 ha proyectado una clara influencia en la sucesiva redacción de los catálogos constitucionales nacionales de derechos sociales, como sucedió con la propia Constitución española (CE) de 1978 (Peces-Barba Martínez, 1988, p. 53).

De todos modos, la autoafirmación de la CSE como tratado europeo de derechos sociales por excelencia no se produce por mera inercia tras la adopción de las modificaciones

normativas afectantes al texto originario de 1961. Por ello, la acción política de los Estados miembros del Consejo de Europa es crucial para la consolidación de esas reformas. En esa línea se inscribió la Declaración de 12 de octubre de 2011 del Comité de Ministros sobre el cincuenta aniversario de la CSE de 1961, que postuló la necesidad de acabar con las inaceptables asimetrías de la Europa social, es decir: entre los Estados miembros del Consejo de Europa (47) que han aceptado la CSE (43) y los que no (todavía siguen con dicha asignatura pendiente Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza); entre los Estados que han ratificado la CSEr de 1996 (36) y los que todavía siguen vinculados por la CSE original de 1961 (7); y entre los que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas (16) y todos los demás¹². En España se ha producido recientemente la aceptación definitiva de dicho procedimiento y de la Carta revisada¹³, siendo numerosas las razones que imponían superar de una vez por todas ambas asignaturas pendientes (Jimena Quesada, 2021).

Sea como fuere, la mayor apuesta por la autoafirmación de la CSE depende en buena medida del ímpetu del citado «proceso de Turín», iniciado con la importante Conferencia política de alto nivel celebrada en Turín los días 17-18 de octubre de 2014 para reforzar la efectividad de los derechos consagrados en la CSE, así como, con el mismo espíritu, dinamizar las sinergias con la UE y otros intercambios relevantes (incluidos los de diplomacia y diálogo judicial en los niveles internacional y nacional), sin olvidar el mayor protagonismo de los actores (incluido el propio CEDS) implicados en la praxis efectiva de los mecanismos de garantía. En este último supuesto, una interpelación a la intervención cualificada de los interlocutores sociales y de las organizaciones de la sociedad civil para movilizar los dos procedimientos de control (informes y reclamaciones colectivas) resulta absolutamente pertinente (Salcedo Beltrán, 2021, p. 204).

No debe extrañar que, tras lanzarse el proceso de Turín, el propio secretario general a la sazón catalogara la CSE como la «Constitución Social de Europa»¹⁴, porque sustancialmente así lo es y, de tal suerte, se pretendía dotar de mayor visibilidad al tratado. Tampoco

¹² Con anterioridad a la ratificación (36.ª) por parte de España de la Carta revisada y a su aceptación (16.ª) del mecanismo de reclamaciones colectivas (ambas en fecha 17 de mayo de 2021), la última ratificación (35.ª) de la CSEr de 1996 se produjo el 29 de marzo de 2021 (Alemania), mientras que la última aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas tuvo lugar el 4 de abril de 2012 (República Checa).

¹³ BOE número 139, de 11 de junio de 2021, en el que se contiene el Instrumento de ratificación depositado el 17 de mayo de 2021 y la declaración prevista en el artículo D.2 de la propia Carta revisada, con fecha de efectos para la vigencia de la versión revisada y del procedimiento de reclamaciones colectivas desde el 1 de julio de 2021.

¹⁴ En el Informe de 2015 del anterior secretario general del Consejo de Europa, Thorbjørn Jagland, sobre el *Estado de la democracia, los derechos humanos y el Estado de derecho en Europa. Una responsabilidad compartida para la seguridad democrática en Europa* (presentado en la 125.ª sesión del Comité de Ministros en Bruselas, el 19 de mayo de 2015), se subraya (p. 76) que la CSE «representa la Constitución social de Europa y es un componente esencial de la arquitectura de los derechos humanos del continente».

era jurídica y formalmente una «Constitución europea» el fallido Tratado constitucional de 2004 y la doctrina no dudó en regocijarse con esa tentativa de «constitucionalización» de la UE, justamente para dotar de mayor visibilidad a la dinámica de profundización e integración regional.

2.2. Su autonomía en el seno del Consejo de Europa

2.2.1. El CEDH como complemento natural de la CSE o la «obsesión convencional»

Es bien conocido que el CEDH consagró básicamente derechos cívico-políticos (para asegurar la garantía colectiva de «algunos» de los derechos enunciados en la Declaración Universal de 1948), sin perjuicio de las indivisibles prolongaciones o implicaciones de orden económico y social (según la expresión que hizo fortuna en la Sentencia del TEDH –STEDH– Airey c. Irlanda de 9 de octubre de 1979). Son esos perfiles socioeconómicos los que han propiciado que la Corte de Estrasburgo haya producido, a través de distintas técnicas hermenéuticas (conexión de derechos, obligaciones positivas, etc.), una interesante jurisprudencia social. Ahora bien, el impacto de esa jurisprudencia posee sus limitaciones (por el juego combinado del requisito de admisibilidad *ratione materiae* y del propio alcance de la labor interpretativa), razón por la cual resulta irrazonable e ilusorio obsesionarse con obtener cualquier solución «social» del TEDH.

En efecto, el CEDH y el TEDH no fueron concebidos con ese cometido de promover y proteger la justicia social en Europa (Nivard, 2013, p. 80) y, desde esta perspectiva, son cualificados pero meros complementos naturales de la CSE y del CEDS, estando estos diseñados y mejor situados al efecto. Ello sucede, por ejemplo, en materia de asistencia social o de lucha contra la pobreza y la exclusión social, en donde resulta más adecuada la base habilitante de los artículos 13 y 30, respectivamente, de la CSE que el artículo 3 del CEDH¹⁵; lo cual no ha sido obstáculo para que dicho artículo 3 del CEDH haya llegado a tener virtualidad en supuestos excepcionales relacionados con el drama de personas inmigrantes y refugiadas afectadas por crisis humanitarias¹⁶. Y, de igual forma, el artículo 15 de la CSE se muestra más idóneo que el artículo 8 del CEDH en la inclusión social de las personas con discapacidad, como por lo demás ha reconocido la propia Corte europea¹⁷, sin

¹⁵ Vid. decisión de inadmisibilidad del TEDH Budina c. Rusia de 18 de junio de 2009, sobre precariedad de una persona mayor a causa de la insuficiente pensión de jubilación.

¹⁶ Pongamos el caso de la STEDH M. S. S. c. Bélgica y Grecia de 21 de enero de 2011, que declaró la violación del artículo 3 del CEDH por la situación de «particular gravedad» en la que se encontraba el demandante –de origen afgano– en Grecia –adonde había llegado pasando por Irán y Turquía–, al no poder satisfacer «ninguna de sus necesidades más elementales: alimentarse, lavarse y alojarse» (§ 254).

¹⁷ Entre otras, SSTEDH Botta c. Italia de 24 de febrero de 1998 y Molka c. Polonia de 14 de abril de 2006, o decisión de inadmisibilidad Jitka Zehnalova y Otto Zehnal c. República Checa de 14 de mayo de 2002.

perjuicio de pronunciamientos interesantes a propósito de las barreras físicas sufridas por un estudiante con discapacidad para acceder a las instalaciones universitarias¹⁸, o sobre condena a las autoridades italianas por no haber adoptado las medidas positivas necesarias previstas legalmente para dotar de apoyo escolar especializado a una niña autista en sus 2 primeros años de educación primaria¹⁹.

En consecuencia, si bien es verdad que la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo se ha ocupado de casos importantes que versaban sobre la protección social de personas en situación vulnerable²⁰, normalmente acometían supuestos con alcance individual o efectos *inter partes*, por más que la doctrina sentada en ellos sea susceptible de utilización en casos análogos por las autoridades nacionales (incluidos, especialmente, los órganos jurisdiccionales internos) en clave de complementariedad multinivel «vertical». Una analogía que tiene sus límites y quedará al albur de la apreciación del caso concreto por esas jurisdicciones domésticas, generando entonces lecturas encontradas cuando la solución europea no se traslade a la nacional. Cabe ilustrarlo con dos ejemplos recientes referentes a España: el primero, la STS (Sala de lo Social) 524/2020, de 24 de junio, tuvo signo desestimatorio tras considerarse que el supuesto de autos no respondía a los mismos parámetros que la STEDH Muñoz Díaz c. España de 8 de diciembre de 2009²¹; el segundo, la STEDH Ghailan y otros c. España de 23 de marzo de 2021, en donde no se concluyó la violación de las disposiciones convencionales a causa del procedimiento de desalojo forzado y demolición de la vivienda ocupada ilegalmente por una familia en situación vulnerable en la Cañada Real en Madrid, descartándose por el Tribunal de Estrasburgo que resultara de aplicación la solución alcanzada en la STEDH Winterstein y otros c. Francia de 17 de octubre de 2013 (tal como incluso había postulado el contundente voto particular discrepante contenido en

¹⁸ STEDH Enver Şahin c. Turquía de 30 de marzo de 2018 (violación del art. 14 CEDH –no discriminación– en conjunción con el art. 2 Protocolo núm. 1 –educación–).

¹⁹ STEDH G. L. c. Italia de 10 de septiembre de 2020 (análoga violación conjunta del art. 14 en combinación con el art. 2 Protocolo núm. 1).

²⁰ Incluidas graves situaciones relativas a personas extranjeras afectadas por órdenes de expulsión que agravarían y acelerarían su estado terminal de salud (STEDH D. c. Reino Unido de 2 de mayo de 1997), segregación escolar de los niños y niñas pertenecientes a minorías gitanas (STEDH D. H. y otros c. República Checa de 13 de noviembre de 2007), mujeres extranjeras sometidas a esclavitud moderna o doméstica (STEDH Siliadin c. Francia de 26 de julio de 2005) y prostitución forzada (S. M. c. Croacia de 25 de junio de 2020), casos de violencia doméstica en perjuicio de menores (STEDH Z y otros c. Reino Unido de 10 de mayo de 2001), supuestos de violencia de género (STEDH Opuz c. Turquía de 9 de septiembre de 2009) o situaciones de jóvenes migrantes víctimas de trabajo forzado y trata de seres humanos (STEDH Chowdury y otros c. Grecia de 30 de marzo de 2017).

²¹ En el pronunciamiento del TEDH se concluyó la vulneración conjunta de los artículos 14 del CEDH y 1 del Protocolo número 1 por la discriminación sufrida por la demandante (mujer de etnia gitana) al denegársele la pensión de viudedad generada por su marido (también de etnia gitana, con quien había contraído matrimonio por el rito gitano –no reconocido en España– que había cotizado durante su periodo de actividad laboral por el tiempo requerido de carencia).

la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 188/2013, de 4 de noviembre, mediante la que se agotó la vía judicial previa en España).

A la luz de estos dos ejemplos, no está de más resaltar que la jurisprudencia del CEDS (en el marco de sus dos mecanismos de control, informes y reclamaciones colectivas) ha acreditado mayor grado de idoneidad para ofrecer respuestas a este tipo de situaciones de precariedad y difícil acceso a la vivienda (con impacto más general) que involucraban a personas migrantes, de etnia gitana o con modo de vida itinerante. Sobre este punto, llama la atención que en la STEDH Ghailan y otros c. España no se mencionara siquiera el parámetro de la CSE; lo cual solamente puede contrarrestarse si la parte demandante lo conoce e invoca o, en su defecto, lo trae a colación la propia Corte de Estrasburgo en eventual coherencia con el principio *iura novit curia*. Por consiguiente, debe seguir apelándose a las sinergias entre el TEDH y el CEDS con objeto de facilitar una convergencia «al alza» apostándose por la solución más favorable al respeto de los derechos humanos de conformidad con el principio *pro personae*. Con tal espíritu, del mismo modo que el CEDS cita con toda naturalidad la jurisprudencia del TEDH, resultan plausibles las ocasiones en las que el TEDH evalúa situaciones sociales (especialmente, con proyección general o colectiva) apoyando explícitamente su *ratio decidendi* en la jurisprudencia del CEDS (Chatton, 2008, p. 307)²².

2.2.2. La fortaleza y efectividad del sistema de garantías de la Carta Social

Las dos ilustraciones recién mencionadas del TEDH respecto de España (Sentencias Muñoz Díaz de 2009 y Ghailan y otros de 2021) ponen de manifiesto la inadaptabilidad o la insuficiencia del mecanismo de demanda individual instaurado por el CEDH ante supuestos atinentes a derechos sociales. Con ello en mente, hemos de tener clara la propia autonomía y entidad del CEDH y del TEDH, sin caer en esa especie de «obsesión convencional» (subpárrafo 2.2.1, *supra*), pidiendo demasiado al sobrecargado «buque insignia» del Consejo de Europa, cuya resolución de «casos concretos» no es idónea en general para extraer soluciones colectivas como las exigidas para la vigencia del Estado social y los derechos sociales, especialmente en el crítico momento actual causado por la pandemia de COVID-19. Por otra parte, semejante obsesión conduce a perder de vista el potencial de otros mecanismos, jurisdiccionales o no, aptos para defender eficazmente los derechos sociales: cabría

²² Significativas en esta línea son las SSTDH Sørensen y Rasmussen c. Dinamarca de 11 de enero de 2006 o Demir y Baykara c. Turquía de 12 de noviembre de 2008 (ambas en materia de derechos laborales de acción colectiva), o la STEDH Koua Poirrez c. Francia de 30 de septiembre de 2003 (sobre denegación por parte de las autoridades francesas de la solicitud del demandante de la «prestación para adultos con discapacidad», que tenía naturaleza no contributiva; el demandante, nacional de Costa de Marfil, había mantenido su nacionalidad pese a ser adoptado cuando era menor –y con discapacidad física desde los 7 años– por un nacional francés que vivía y trabajaba en Francia).

reparar incluso en la paradoja de encontrar supuestos de justiciabilidad sin efectividad²³ y, al contrario, otros de efectividad sin acudir a vías estrictamente judiciales (los remedios judiciales son subsidiarios y últimos).

Las reseñadas inadaptabilidad o insuficiencia (asociadas al duro filtro de la admisibilidad antepuesto por el TEDH y al eventual *self-restraint* ejercido por este al apreciar la inadmisibilidad *ratione materiae* o por otros motivos) se han acentuado en momentos de crisis, en donde el CEDS ha visto correlativamente reforzado su papel. Así, el CEDS ha sido llamado a interceder frente a las medidas normativas de austeridad adoptadas en el escenario de la crisis económica y financiera desencadenada en 2008 y que, en sentido flexibilizador del mundo laboral²⁴, del régimen de pensiones²⁵ o de la prestación de servicios sociales²⁶, han abocado a gran número de personas a situaciones de precariedad; situaciones que, diversamente, la Corte de Estrasburgo ha rehusado acometer²⁷. Otro tanto cabe predicar de la crítica a la gestión sanitaria de la crisis provocada por la pandemia de COVID-19, que el TEDH ha rechazado encauzar a través del procedimiento de demanda individual²⁸ y que el CEDS afronta perfilando unos criterios de análisis (para ser aplicados en el marco del sistema de informes y del procedimiento de reclamaciones colectivas) en su Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia (adoptada

²³ Verbigracia, incumplimiento de sentencias del propio TEDH o implementación tardía; como ilustración clásica, repárese en la STEDH Marckx c. Bélgica de 13 de junio de 1979, con respecto a la cual las autoridades belgas tardaron 11 años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos/as extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios, como puso de manifiesto la STEDH Vermeire c. Bélgica de 29 de noviembre de 1991. Es posible acceder a numerosos supuestos de incumplimiento de sentencias del TEDH en el informe anual que elabora sobre el particular el Comité de Ministros del Consejo de Europa (*Annual Report of the Committee of Ministers on the supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights/Rapport annuel du Comité des Ministres sur la surveillance des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*), en donde además se da cuenta de las cuantiosas indemnizaciones derivadas de las correspondientes condenas, lo que evidencia el coste de los derechos civiles y políticos. Puede accederse a los sucesivos informes anuales del Comité de Ministros en <https://www.coe.int/en/web/cm/execution-judgments> (inglés) y en <https://www.coe.int/fr/web/cm/execution-judgments> (francés).

²⁴ Decisiones de 23 de mayo de 2012 de resolución de sendas reclamaciones número 65/2011 y número 66/2011, ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos.

²⁵ Decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012 de resolución de las reclamaciones números 76 a 80/2012 presentadas, asimismo, contra Grecia por diversos sindicatos.

²⁶ Decisiones de 4 de diciembre de 2012 de resolución de las reclamaciones número 70/2011 y número 71/2011, Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlandia.

²⁷ Vid. diversos pronunciamientos del TEDH al respecto en la ficha temática sobre «medidas de austeridad» (https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Austerity_measures_ENG.pdf).

²⁸ Decisión de inadmisibilidad de 5 de noviembre de 2020, demanda número 18108/20, Le Mailloux c. Francia.

el 21 de abril de 2020) o en su más reciente Declaración sobre la COVID-19 y los derechos sociales (adoptada el 24 de marzo de 2021).

Con estos parámetros, sin perjuicio de seguir optimizando el funcionamiento y operatividad de ambos mecanismos de control de la CSE (informes y reclamaciones colectivas)²⁹, así como la clara interdependencia y retroalimentación entre ambos (Jimena Quesada, 2014, p. 143), lo determinante radica en la real efectividad de las resoluciones del CEDS (Jimena Quesada, 2019b, p. 125). Y ello es fácil de comprobar (recuérdese, « conclusiones » en el sistema de informes y « decisiones » en el procedimiento de reclamaciones colectivas) acudiendo a las « fichas de países » (« *Country factsheets* » / « *Fiches pays* ») que aparecen en la web oficial de la CSE (www.coe.int/socialcharter), en las que se ilustran los progresos llevados a cabo en el ámbito nacional (mejora de normas y de prácticas) en ejecución de dichas resoluciones desde la ratificación del tratado europeo por cada parte contratante. Así, resulta útil ofrecer ejemplos específicos de justiciabilidad y efectividad de las resoluciones del CEDS, especialmente de las adoptadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas por referencia a los distintos niveles internos del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la reclamación número 14/2003 (caso Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no solo fue ejecutada por las autoridades francesas³⁰, sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la reclamación número 14/2003³¹.
- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el artículo 11 de la

²⁹ Un relevante espaldarazo a ambos se produjo tras el nuevo diseño del sistema de informes adoptado por el Comité de Ministros en su 1.196.^a reunión los días 2-3 de abril de 2014 [CM(2014)26] con objeto de hacer este más eficiente y eficaz (en términos de reducción de los plazos de resolución y de garantía efectiva de los derechos reconocidos en la CSE) y de simplificar dicho sistema con respecto a los Estados parte que hayan asumido el procedimiento de reclamaciones colectivas.

³⁰ *Vid.* la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925.^a reunión de los delegados de los ministros, en la que se:

[...] toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS n.º 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado.

³¹ *Vid.* también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación núm. 47/2008, DCI c. Países Bajos) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación núm. 69/2011, DCI c. Bélgica).

Carta: reclamación número 45/2007 (Interights c. Croacia, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)³².

- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la reclamación número 48/2008 (ERRC c. Bulgaria, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de asistencia social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial núm. 15, de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el artículo 13 de la CSE³³.

Además, téngase presente que los convenios colectivos constituyen una fuente básica de derecho del trabajo y, consiguientemente, a través de ella cabrá, asimismo, dotar de efectividad a las resoluciones del CEDS, tanto en el sistema de informes, como en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Cabe mencionar dos ejemplos relativos a Bélgica:

- En lo referente al mecanismo de informes, el Consejo Nacional del Trabajo de Bélgica modificó el 13 de octubre de 2010 el Convenio colectivo número 80 para poner en conformidad la legislación nacional con la Carta Social en materia de derecho de las trabajadoras a pausas para lactancia: la modificación concreta consistió en aumentar de 7 (según la previsión anterior de la normativa nacional) a 9 meses (según lo exigido por el CEDS al interpretar el art. 8.3 Carta Social) la edad del niño o niña durante la que se garantizan las pausas de lactancia.
- Por lo que se refiere al procedimiento de reclamaciones, el Gobierno belga instó a los interlocutores sociales a facilitar la ejecución de la decisión de fondo de 13 de septiembre de 2011 de resolución de la reclamación número 59/2009 (Confederación Europea de Sindicatos/Central General de Sindicatos Liberales de Bélgica/Confederación de Sindicatos Cristianos de Bélgica/Federación General del Trabajo de Bélgica c. Bélgica), en la que el CEDS concluyó que hubo una violación del artículo 6.4 de la CSE como consecuencia de la intervención judicial prevista en el ordenamiento belga según la cual el juez o la jueza pueden paralizar las actividades de los piquetes tras la presentación de una demanda unilateral por parte de la empresa y sin necesidad de dar audiencia a las personas huelguistas.

³² Vid. la Resolución CM/ResChS (2009) 7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

³³ Vid. anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS (2010) 2 de 31 de marzo de 2010.

En todo caso, sin perjuicio de esa prioritaria y primordial ejecución a escala doméstica, en lo que concierne al procedimiento internacional de ejecución *stricto sensu* de las resoluciones del CEDS, es el Comité de Ministros quien tiene atribuida dicha función supervisora³⁴, lo mismo que sucede con las sentencias del TEDH³⁵.

Por lo demás, la fortaleza y efectividad de la CSE y de las resoluciones del CEDS pueden acreditarse mediante otros supuestos en los que entraban en escena situaciones de vulnerabilidad y los Estados parte han adoptado legislaciones y prácticas nacionales para poner remedio a los incumplimientos reprochados por el CEDS y que consistían en:

- Exclusión de personas migrantes menores y mayores en situación irregular (menores y mayores) del acceso básico a la salud (decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, reclamación núm. 67/2011, Médecins du Monde-International c. Francia).
- Carencia de infraestructuras adaptadas para personas del espectro autista obligando incluso a sus familias a buscar centros en otros países fronterizos (decisión de 11 de septiembre de 2013, reclamación núm. 81/2012, Acción europea de las personas con discapacidad c. Francia).
- Segregación escolar de niños/as y adolescentes con discapacidad excluyéndolos de forma sistemática del medio educativo ordinario (decisión de 3 de junio de 2008, reclamación núm. 41/2007, Centro de Defensa de Derechos de las Personas con Discapacidad Mental c. Bulgaria).
- Suspensión o supresión de prestaciones familiares por absentismo laboral a familias en situación precaria (decisión de 19 de marzo de 2013 sobre la reclamación núm. 82/2012, Comité europeo de acción especializada para la infancia y la familia en su medio de vida c. Francia).
- Imposición (i)legal de esterilización a personas que desearan cambiar su documentación con el fin de reflejar su identidad de género (decisión de 15 de mayo de 2018, reclamación núm. 117/2015, Transgender-Europe and ILGA-Europe c. República Checa).
- Brecha salarial entre hombres y mujeres y relegación de ellas en los puestos de responsabilidad empresarial (decisiones de fechas 5 y 6 de diciembre de 2019 sobre resolución de las reclamaciones núms. 124/2016 a 138/2016, formuladas por la organización University Women of Europe, UWE/Grupo europeo de mujeres

³⁴ Artículo 29 de la CSE de 1961 (art. 28 en la reforma prevista en el Protocolo de 1991) y artículo C de la CSEr de 1996 para las conclusiones del mecanismo de informes, así como artículos 9 y 10 del Protocolo de 1995 para las decisiones sobre las reclamaciones colectivas.

³⁵ Artículo 46 del CEDH.

diplomadas universitarias, respectivamente, contra Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suecia, resultando este último país el único absuelto). En estas decisiones, el CEDS ha establecido unos criterios fundamentales que debe aplicar rigurosamente, para no legitimar a quienes todavía defienden la «injusticia-bilidad» de los derechos sociales como característica intrínseca y, al contrario, afirmar su «autoridad de guardián del Estado social europeo» (Brillat, 2021, p. 297).

2.3. Su independencia con respeto a la UE

2.3.1. La CDFUE como «hermana pobre» de la CSE: ¿hablamos de principios?

La catalogación de la CDFUE como «hermana pobre» de la CSE no responde a una mera crítica lapidaria, sino a una simple constatación de los avatares de su elaboración y su configuración jurídico-normativa. En particular, el fiasco del Tratado de Niza de 2001 (seguido del rechazo del Tratado constitucional de 2004), por la falta de voluntad política para asumir la CDFUE, después compensado por el Tratado de Lisboa de 2007, no debe hacernos ocultar que la CDFUE reconduce los derechos sociales básicamente a la categoría de principios: lo hace expreso en su preámbulo y en el texto articulado³⁶; y lo enfatiza, asimismo, de forma meridiana en las explicaciones anejas del *Praesidium*.

Adicionalmente, la CDFUE ubica a la CSE en su preámbulo³⁷, sin atreverse a reflejarla en el texto articulado³⁸. Ello resulta tanto más paradójico cuanto que, incluso, la versión revisada de 1996 es citada profusamente en las explicaciones anejas del *Praesidium* como fuente de inspiración para la redacción de un buen número de disposiciones de la CDFUE (especialmente, las ubicadas bajo la rúbrica «Solidaridad» del título IV, arts. 27 a 38)³⁹. Y la

³⁶ Particularmente, además del preámbulo en su última frase («En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertad y principios enunciados a continuación»), se contienen otras alusiones explícitas en el artículo 51 (los Estados miembros «respetarán los derechos, observarán los principios [...]») y el artículo 52 (en la propia rúbrica «Alcance e interpretación de los derechos y principios» y en el apdo. 5 «las disposiciones de la presente Carta que contengan principios [...]»).

³⁷ Lo hace genéricamente aludiendo a «las Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa». El artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se refiere curiosamente solo a la CSE de 1961, ignorando la revisada de 1996.

³⁸ Por supuesto, la CSE se integra implícitamente en el artículo 53 de la CDFUE cuando se refiere a «los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros».

³⁹ Según las explicaciones anejas a la CDFUE, al menos siete derechos fundamentales de ella se inspiran en otros tantos de la CSEr de 1996: el artículo 23 sobre igualdad entre mujeres y hombres (se inspira en el art. 20 CSEr), el artículo 25 sobre derechos de las personas mayores (en el art. 23 CSEr), el

paradoja se torna más manifiesta para los Estados miembros de la UE que todavía no han ratificado la CSEr de 1996, puesto que la asunción del Tratado de Lisboa de 2007 puede vislumbrarse como una suerte de «pasarela material» del (no aceptado) tratado revisado del Consejo de Europa.

En fin, las apelaciones a los derechos sociales como «principios» se ven aderezadas, no solamente en el preámbulo de la CDFUE al poner al mismo nivel las «Cartas Sociales» de la UE y del Consejo de Europa, es decir, la no vinculante Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989 (mero instrumento declarativo o de *soft law*) y la CSE (verdadero tratado internacional), sino al proceder a esa misma homologación cuando se alude a las fuentes de inspiración en las explicaciones anejas.

2.3.2. El rol complementario del Tribunal de Justicia o la «exageración comunitaria»: ¿hablamos de justiciabilidad?

Con estos mimbres, el TJUE no ha contribuido precisamente a dotar de la consideración de verdaderos derechos, y no meros principios o políticas sociales, a los derechos fundamentales sociales de la CDFUE. A título de ejemplo, al abordar el alcance del artículo 34 de la CDFUE, el TJUE declaró en su Auto de 16 de julio de 2015 (Sánchez Morcillo, asunto C-539/14): «esa disposición de la Carta no garantiza el derecho a la vivienda sino el «derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda» en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 TFUE» (apdo. 39).

De nuevo, pues, las referidas inadaptabilidad e insuficiencia para ocuparse de los derechos sociales que se han predicado del TEDH cabe trasladarlas al TJUE; análogamente, la reseñada «obsesión convencional» (por el CEDH y por el TEDH) admite *mutatis mutandis* una llamada a no caer en una paralela «exageración comunitaria» (por la CDFUE y por el TJUE). Dos aspectos confirman dicho diagnóstico: de un lado, las reticencias del TJUE para dar luz verde a la aplicabilidad de los derechos sociales de la CDFUE en las relaciones particulares (*Drittwirkung*) y, de otro lado, la cita meramente recurrente y excepcional de la CSE y la absoluta ausencia de referencias a las resoluciones del CEDS por parte del TJUE.

En cuanto a lo primero, un punto de arranque decepcionante para la efectividad de los derechos sociales vino constituido por los iniciales pronunciamientos del TJUE sobre tales derechos consagrados en la CDFUE y su posible proyección en el ámbito nacional

artículo 27 sobre derecho a la información y consulta de las personas trabajadoras en la empresa (en el art. 21 CSEr), el artículo 30 sobre protección en caso de despido injustificado (en el art. 24 CSEr), el artículo 31 sobre condiciones de trabajo justas y equitativas (en el art. 26 CSEr), el artículo 33 sobre vida familiar y vida profesional (en el art. 27 CSEr) y el artículo 34 sobre seguridad social y ayuda social (en los arts. 30 y 31 CSEr).

y en las relaciones entre particulares, no invitando al optimismo pronunciamientos como las Sentencias del TJUE (SSTJUE) Association de médiation sociale (15 de enero de 2014, asunto C-176/12) o Víctor Manuel Julián Hernández y otros (10 de julio de 2014, asunto C-198/13), sobre los artículos 27 y 20, respectivamente, de la CDFUE. Si acaso, como postura interesante, aunque circunspecta, comportó un contrapeso, vislumbrando, asimismo, la eficacia horizontal o *inter privatos* de los derechos sociales, la posterior STJUE Vera Egenberger (17 de abril de 2018, asunto C-414/16), a propósito de la conciliación entre la igualdad de trato en el acceso a un puesto de trabajo y la autonomía contractual de una entidad a propósito del artículo 21 de la CDFUE⁴⁰.

En lo que atañe a lo segundo, cabe constatar una especie de «omisión expiatoria» del CEDS por parte del TJUE (Belorgey, 2010, p. 625). De hecho, en las dos únicas sentencias del TJUE en donde se cita el CEDS, se trata de apartados en donde la referencia procede de las preguntas prejudiciales formuladas por los órganos judiciales nacionales remitentes⁴¹, sin que la Corte de Luxemburgo ose siquiera secundar dicha referencia. Por su lado, los abogados generales también han sido excesivamente comedidos al aludir al CEDS, siendo excepcionales las conclusiones que incluyen alguna referencia a él (sin que el TJUE se haya hecho ulterior eco)⁴².

2.3.3. El carácter meramente programático del pilar europeo de derechos sociales: ¿hablamos de «soft law»?

El «pilar europeo de derechos sociales» (PEDS, propuesto por el presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su discurso sobre el estado de la Unión ante el Parlamento Europeo el 9 de septiembre de 2015) se concretó en la mera adopción de una declaración solemne por las instituciones políticas de la UE el 17 de noviembre de 2017 en

⁴⁰ Confirmando esa jurisprudencia «Egenberger», pueden leerse pronunciamientos más recientes como, entre otras, las SSTJUE Federación de Servicios de Comisiones Obreras (14 de mayo de 2019, asunto C-55/18), État luxembourgeois (6 de octubre de 2020, asuntos acumulados C-245/19 y C-246/19), o Braathens Regional Aviation (15 de abril de 2021, asunto C-30/19).

⁴¹ SSTJUE Nisttahuz Poclava (5 de febrero de 2015, C-117/14, apdo. 23) y Consulmarketing (17 de marzo de 2021, asunto C-652/19, apdo. 26).

⁴² Se trata, en particular, de las Conclusiones de 8 de septiembre de 2005 de la abogada general Juliane Kokott (Parlamento/Consejo, asunto C-540, apdo. 74), de 28 de enero de 2015 del abogado general Maciej Szpunar (P y S, asunto C-579/13, nota 16) y de 21 de marzo de 2017 del abogado general Michal Bobek (Fries, asunto C-190/16, nota 37). Revisten gran interés las primeras, en donde Julianne Kokott subraya explícitamente que «en recientes sentencias el TEDH ha recurrido a las disposiciones de la Carta Social y a la práctica jurisprudencial del citado Comité de interpretación y aplicación del CEDH, especialmente del art. 8». Toda una llamada al TJUE para que se abra, como el TEDH, a las sinergias con el CEDS.

la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia)⁴³. Ello significa que el PEDS conforma un mero instrumento programático o de *soft law*. Consecuentemente, habrá que esperar para comprobar si, en la puesta en práctica del PEDS, sus acciones son coherentes con la idea incluida en el párrafo 16 del preámbulo acerca del estándar más favorable (principio *pro personae*), en donde curiosamente se mencionaba la CSE de 1961, pero no la revisada de 1996⁴⁴.

Lamentablemente, la Comunicación de la Comisión sobre el pilar⁴⁵, aunque haga una paradójica alusión al «acervo social» europeo e internacional (incluidos los objetivos de desarrollo sostenible –ODS– de la Agenda 2030 de la ONU), practica una clara omisión no solo del CEDS, sino de forma más sorprendente aún de la CSEr de 1996; exclusión, esta última, que ni siquiera habían osado practicar las personas redactoras de la CDFUE en sus explicaciones anejas. Ello, por lo demás, resulta más ostensible cuando se compara el texto de la comunicación con el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión que acompaña a dicha comunicación, que indudablemente no podía dejar de aludir a la CSEr de 1996 y al CEDS (con mención expresa al procedimiento de reclamaciones colectivas) apostando por un reforzamiento del pilar⁴⁶.

Nuestra crítica es susceptible de acentuarse si reflexionamos un momento sobre la utilidad de ese «nuevo» PEDS meramente programático (a estas alturas de desarrollo de nuestro acervo social europeo) y nos interrogamos: ¿qué se nos pasaría por la cabeza si, a estas alturas, proclamáramos un «nuevo pilar europeo de derechos civiles y políticos»? Para pensarlo (Stangos, 2018). Mientras tanto, la proclamación de ese PEDS ha tenido unos efectos colaterales negativos, incluso en España; como ilustración: el importante Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, declara en la parte preambular que las «debilidades del sistema de garantía de ingresos español han sido puestas de manifiesto de manera recurrente en informes y recomendaciones procedentes de las instituciones europeas»; pues bien, entre dichas instituciones, quien se ha

⁴³ Vid. el texto oficial de la «Proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales» por parte del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en el DOUE de 13 de diciembre de 2017 (2017/C 428/09).

⁴⁴ El párrafo 16 del preámbulo del PEDS dice:

El pilar europeo de derechos sociales no debe impedir que los Estados miembros o sus interlocutores sociales establezcan normas sociales más ambiciosas. En particular, ninguna de las disposiciones del pilar europeo de derechos sociales debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión o por el derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un pilar de derechos sociales, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017) 250 final.

⁴⁶ Documento SWD(2017) 201 final, Bruselas, 26 de abril de 2017.

ocupado justamente del ingreso mínimo vital ha sido, de manera destacada (Dalli, 2021, p. 229; Monereo Pérez, 2021, p. 197), el CEDS (tanto en el mecanismo de informes –y, por tanto, con relación a España sobre la base del art. 13 CSE–, como en el procedimiento de reclamaciones colectivas), por más que lamentablemente el Real Decreto-Ley 20/2020 silencie tanto la CSE como el CEDS, aludiendo en cambio al estándar no vinculante del PEDS (particularmente, a su principio 14 dedicado a la renta mínima).

3. La CSE como parte del sistema global de derechos humanos

3.1. Del impulso inicial de la Organización Internacional del Trabajo hasta la actual retroalimentación con los instrumentos universales de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

La adopción de la CSE de 1961 fue posible en buena medida merced al papel determinante jugado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para favorecer la celebración en 1958 de una conferencia tripartita (representantes gubernamentales, empresariales y sindicales) que apostara por un instrumento europeo de concertación social y, con ello, de protección efectiva de los derechos sociales. Se entiende entonces que la Carta de Turín insertara expresamente a la OIT en su texto, remitiendo a sus estándares en la tabla de derechos⁴⁷ o haciéndola participe de su mecanismo de control y de seguimiento de los compromisos asumidos por las partes contratantes⁴⁸.

Esas sinergias con la OIT se han ido remozando, tanto en el plano de la optimización normativa de los parámetros de protección⁴⁹, como en el de la propia praxis interpretativa

⁴⁷ En particular, el artículo 12.2 de la Carta de 1961 obligó a las partes contratantes a mantener el régimen de seguridad social en un nivel suficiente, al menos equivalente al necesario «para la ratificación del Convenio internacional del trabajo (núm. 102) relativo a la norma mínima sobre la seguridad social».

⁴⁸ Artículos 20.4 (notificación de los compromisos «a la carta»), 26 (participación de la OIT a título consultivo en las deliberaciones del Comité de Expertos Independientes), 30.3 (información sobre las derogaciones en caso de guerra o peligro público), 34.6 (información sobre la aplicación territorial), 35.4 (notificación sobre firma, ratificación y entrada en vigor para nuevas partes contratantes), 36 (enmiendas) y 37 (denuncias).

⁴⁹ En el apartado 58 del informe explicativo de la CSEr (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce7d>) se expone que la referencia al Convenio número 102 de la OIT en la versión originaria de 1961 ha sido sustituida por el Código Europeo de Seguridad Social, por cuanto la ratificación de dicho código «exige un nivel de protección de seguridad social más elevado que el exigido para la ratificación del Convenio número 102 de la OIT». Por otra parte, en la parte VI se prevé la información o notificación a la OIT de las firmas, ratificaciones, enmiendas, denuncias u otros actos relativos a la CSEr (art. O).

y aplicativa llevada a cabo por el CEDS⁵⁰. Y, en ese terreno práctico, el CEDS ha tomado en consideración las interpretaciones de los órganos de control de la OIT (Salcedo Beltrán, 2019b, p. 172), tanto en el marco del sistema de informes⁵¹, como en el del procedimiento de reclamaciones colectivas⁵².

Además de los estándares generados en el seno de la OIT, el CEDS se ha hecho eco lógicamente en su nutrida jurisprudencia de las normas e interpretaciones del tratado y la instancia «homóloga» de la ONU, esto es, del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (Pacto DESC) y del Comité DESC. Lo más relevante es que dicha interpretación, como ha resaltado la doctrina, muestra que la garantía de los derechos sociales «puede jurídicamente ser concebida con el mismo grado de efectividad y de universalidad que los derechos civiles» y, en tal dirección, «la batería de tests utilizados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Comité Europeo de Derechos Sociales así lo atestiguan» (Roman, 2009, p. 131).

Esa retroalimentación ha sido especialmente relevante en ámbitos como la protección frente a situaciones de vulnerabilidad (protección contra la pobreza y la exclusión social, o el acceso a la vivienda), en donde el CEDS se ha inspirado tanto de esos parámetros vinculantes, como de aportaciones jurídicas de *soft law*⁵³. Por añadidura, la relevante

⁵⁰ Por ejemplo, en las Conclusiones de 2013 relativas a Albania y a Austria se toma en consideración la aplicación de los Convenios de la OIT número 155 sobre la seguridad y la salud de los trabajadores (1981) y número 187 sobre el marco de promoción de la seguridad y la salud en el trabajo (2006), respectivamente.

⁵¹ Buen ejemplo lo suministran las Conclusiones de 2014 relativas a España, en donde se declaró la violación del artículo 6.2 de la CSE («la legislación que afecta al derecho a la negociación colectiva ha sido adoptada sin consultar a los sindicatos y a las organizaciones empresariales; la Ley 3/2012 permite a los empleadores de manera unilateral que no apliquen condiciones acordadas en convenios colectivos») haciéndose eco de las conclusiones del Comité de la OIT sobre la libertad sindical en las que este había subrayado que las decisiones sobre los procedimientos de negociación deben ser tomadas a través del diálogo social. Del mismo modo, en esas Conclusiones de 2014 relativa a otros países (Grecia, Holanda o Lituania), se tuvo en cuenta para la verificación del cumplimiento del artículo 4.1 de la CSE (derecho a una remuneración suficiente que asegure a las personas trabajadoras y sus familias un nivel de vida decoroso) la doctrina de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

⁵² A título de ejemplo, se toman en consideración las interpretaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (§§ 150-151) en la decisión de fondo del CEDS de 22 de enero de 2019 sobre la reclamación número 140/2016 (Confederazione Generale Italiana del Lavoro, CGIL, c. Italia) para declarar en el fallo la violación del artículo 6.4 de la CSE.

⁵³ Por ejemplo, entre otras fuentes interpretativas sobre el derecho a la vivienda y sobre los desalojos forzados, se mencionan las Observaciones generales número 4 y número 7 del Comité DESC en la decisión de fondo del CEDS de 1 de diciembre de 2015 sobre la reclamación número 100/2013 (Centro Europeo de los Derechos de las Personas de Etnia Gitana c. Irlanda), §§ 27, 65 y 139. Por otra parte, como aportación de *soft law*, el CEDS se inspiró, al adoptar la decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 sobre la reclamación número 69/2011 (Defence for Children International, DCI, c. Bélgica), en los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos presentados por la relatora especial en la materia (Magdalena Sepúlveda Carmona) y adoptados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 27 de septiembre de 2012 (§ 81).

jurisprudencia ambiental del CEDS ha tenido en cuenta igualmente los cánones normativos vinculantes de la ONU⁵⁴.

3.2. De la originaria «divisibilidad» europea a las presentes sinergias con los otros sistemas regionales

La originaria escisión normativa formal entre derechos cívico-políticos y socioeconómicos que se manifestó inicialmente en el continente europeo a través de dos tratados separados (el CEDH de 1950 y la CSE de 1961), en clara incoherencia con la indivisibilidad consagrada en la Declaración Universal de 1948, tuvo su paradójico reflejo en el propio ámbito universal (con los dos Pactos de 1966) y, de algún modo, en el sistema regional más homologable (el interamericano). En cuanto a este último, con algún matiz: si bien es cierto que se adoptaron dos tratados separados, el de derechos sociales no se concibió como autónomo o independiente con respecto al de derechos civiles y políticos (la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969), sino como un protocolo modificativo (el de San Salvador de 1988), articulándose así la tutela sistemática de todos los derechos bajo la jurisdicción de la Corte Interamericana.

Dicho lo anterior, no se trata ahora de lamentar que la CSE de 1961 no se concibiera como un protocolo adicional al CEDH para ubicar los derechos sociales bajo la jurisdicción del TEDH, creando eventualmente una «Sala Social» en su estructura interna (Akandji-Kombé, 2006, p. 388). Y no viene al caso porque únicamente cabe hipotetizar si la jurisprudencia social del TEDH hubiera sido (o no) más incisiva de haber contado con semejante protocolo como base habilitante explícita o, diversamente, ese ensanchamiento socializante *ratione materiae* habría sobrecargado más el funcionamiento del TEDH abocándolo a un filtro de (in)admisibilidad todavía más estricto. Correlativamente, ni forma parte de los objetivos del «proceso de Turín» ni parece que tenga mucha consistencia reflexionar sobre facultar al CEDS para que reciba demandas o peticiones individuales (Noguera Fernández, 2016, p. 120), pues posiblemente la aparente debilidad del inicial mecanismo de informes y su reforzamiento a través del procedimiento de reclamaciones colectivas haya dotado de mayor singularidad, eficacia y alcance al sistema de garantías de la CSE como instrumento regional más importante en el ámbito de los derechos sociales.

Por lo tanto, el punto de mira debe ponerse en la optimización de las garantías ya existentes explotando las sinergias, allende las fronteras europeas, incluso con los demás sistemas regionales (Jimena Quesada, 2015). Como se avanzó, y sin perjuicio de acometer las

⁵⁴ Por ejemplo, en la ya citada decisión del CEDS de 6 de diciembre de 2006 (reclamación núm. 30/2005, Marangopoulos Foundation for Human Rights c. Grecia), se acude entre las fuentes de inspiración al Protocolo de Kyoto de 1997 y a la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (especialmente, §§ 115-116 y 205-207).

interacciones con el sistema africano⁵⁵, hasta el presente ha habido mayor retroalimentación entre los sistemas europeo e interamericano. Con relación a estos últimos, los perfiles sociales de ambos son cada vez más pronunciados (Zerbini Ribeiro Leão, 2009), habiéndose producido tanto diálogo jurisprudencial expreso (señaladamente, a través de decisiones emblemáticas del CEDS inspiradas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana⁵⁶), como encuentros de diplomacia judicial del CEDS con la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁷.

Todo ese enriquecimiento jurisprudencial mutuo no puede sino redundar en una mayor efectividad de los derechos sociales. Y, a tal efecto, más allá de los casos relativos a demandas individuales o a reclamaciones colectivas, lo trascendental radica en que la jurisprudencia sentada en aquellos proyecte una transformación constitucional en clave social (Von Bogdandy, 2015, p. 19).

4. La CSE como parte del sistema constitucional de derechos fundamentales

4.1. Un verdadero tratado internacional: legitimidad constitucional democrática

Verdaderamente, causa perplejidad que la CSE (con sus particularidades en cuanto a la fórmula utilizada para el reconocimiento de los derechos o en lo atinente al mecanismo

⁵⁵ Una interesante referencia a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (*The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights in Nigeria*, African Commission on Human and People's Rights Decision on Communication 155/96, 30th ordinary session, Banjul, Gambia, 13 October 2001) se contiene en el § 196 de la importante Decisión del CEDS de 6 de diciembre de 2006 sobre la reclamación número 30/2005, Marangopoulos Foundation for Human Rights c. Grecia (en donde se trae a colación, asimismo, la jurisprudencia sobre protección del derecho a un medio ambiente sano del Comité DESC de la ONU, del TEDH, del TJUE o de la Corte Interamericana).

⁵⁶ De particular relevancia en esta línea es la decisión del CEDS de 25 de junio de 2010 sobre la reclamación número 58/2009 (COHRE c. Italia), cuya mayor aportación consiste en haber «europeizado» la noción de violación agravada y responsabilidad agravada (tomada de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que se cita explícitamente en el § 75 de la decisión), la cual se considera producida cuando se cumplen dos criterios: uno, la adopción de medidas violatorias de derechos humanos que afectan específicamente a grupos vulnerables; el otro, la actitud de los poderes públicos, que no solamente omiten adoptar las medidas apropiadas contra las personas autoras de dichas violaciones, sino que concurren a provocar esa violencia.

⁵⁷ Como ilustración, el 4 de octubre de 2019 se celebró en la Escuela Diplomática de Madrid, bajo el título «Respetando los derechos sociales: lecciones aprendidas en cuanto a su eficacia», el Primer Encuentro de Diálogo entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organizado por el Servicio de la Carta Social Europea del Consejo de Europa con el apoyo de la Corte Interamericana, del Gobierno español y del Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law de Heidelberg.

de asunción de compromisos, *supra*) siga generando hoy en día reticencias a la hora de ser asumida y aprehendida como verdadero tratado internacional por parte de las autoridades públicas (incluidas las judiciales) y en sede doctrinal. Una perplejidad que adquiere un tono más agravado cuando se intenta contraponer la ley «soberana» al tratado como fuente «externa y limitativa de la soberanía», a través de una vieja posición más anclada en la preconstitucional concepción del sistema de fuentes del Código Civil que en la inexorable realidad de internacionalización del derecho constitucional y constitucionalización del derecho internacional.

A este respecto, no se acierta siquiera a vislumbrar por qué la ley tendría más legitimidad constitucional democrática que la CSE como tratado, puesto que en la aceptación final de la norma internacional interviene el Parlamento a través del correspondiente procedimiento especial⁵⁸. Por tal motivo, la CSE se inserta en el ordenamiento interno con la legitimidad que le confiere la propia Constitución (art. 96), con lógica prevalencia sobre la ley nacional, pues mientras en la adopción definitiva de esta interviene una sola voluntad (la del Parlamento de cada país), en la conclusión de los tratados concurren diversas voluntades (dos o más Parlamentos). Por cierto, las reticencias resultan tanto más incomprensibles cuando se repara en el entusiasmo con el que se asumen las normas (incluidas las sociales) de derecho secundario o derivado de la UE (aquejadas del famoso déficit democrático por partida doble, el afectante al propio Parlamento Europeo y el concerniente a la preterición de los Parlamentos nacionales –mitigada en parte tras el Tratado de Lisboa–), sin que tampoco nos rasguemos las vestiduras al asumir su primacía aplicativa.

Es más, una vez interiorizado que la CSE es un tratado internacional, se dirigen entonces las reacciones hacia el CEDS. Frente a ello, cabe oponer dos argumentos de peso: de un lado, el texto de los tratados internacionales contiene cláusulas más o menos generales (pensemos, tanto en la CSE como en el Pacto DESC, o incluso en los más específicos convenios de la OIT) que se ven lógicamente superadas por las más detalladas normas nacionales; y, de otro lado, el texto de los tratados no se entiende sin, ni puede escindirse de, la concepción de dicho texto como «instrumento vivo», puesto que la aplicación de las disposiciones de un tratado y su prevalencia carecerían de sentido si no se tomara en consideración la interpretación de esas normas internacionales llevada a cabo por la respectiva instancia máxima de control o garantía.

En otras palabras, la artificial separación entre interpretación y aplicación se aparta del inescindible doble mandato interpretativo y aplicativo impuesto usualmente por la Constitución nacional, como sucede con la carta magna española de 1978 (arts. 10.2 y 93 a 96), que no ha hecho sino interiorizar al máximo nivel la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Semejante internacionalización de nuestro ordenamiento

⁵⁸ Para el caso español, *vid.* los artículos 154 a 160 del Reglamento del Congreso de los Diputados y los artículos 144 a 147 del Reglamento del Senado.

constitucional ha venido consolidada y reforzada por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales. Dicha ley, en su artículo 35 (reglas de interpretación), preceptúa que:

[...] las disposiciones de los tratados internacionales se interpretarán de acuerdo con los criterios establecidos por las normas generales de derecho internacional, los consagrados en los arts. 31 a 33 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre derecho de los tratados y los contenidos en el propio tratado.

En suma, la evolución de la protección internacional de los derechos humanos ha acarreado la superación de la clásica distinción entre monismo y dualismo, en la medida en que la fuente nacional y la internacional se retroalimentan en una deseable acción de sinergia optimizadora (Cançado Trindade, 1998, p. 108); con tal enfoque, se forja la integralidad maximizadora del sistema global de derechos humanos (Bidart Campos, 1994, p. 29) en nombre del principio *pro personae* (Salvioli, 2020, p. 429) o, en versión laboralizada, *pro operario o favor laboratoris*. En cualquier caso, semejante superación se explica, en buena medida, por la mencionada relativización del discernimiento entre las fases de interpretación y aplicación de las normas (nacionales e internacionales) sobre derechos humanos.

4.2. Su posición en el sistema constitucional de fuentes

4.2.1. Lo fundamental: su efectividad y vinculatoriedad para todos los poderes públicos y toda la ciudadanía

La premisa básica para comprender la efectividad doméstica de la CSE y de las resoluciones del CEDS viene dada, en el caso de España, por el mandato del artículo 9.1 de la carta magna, de sujeción de la ciudadanía y de los poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»; y los instrumentos internacionales integran ese «resto del ordenamiento jurídico», como en conexión directa con ello establece el artículo 96.1 al disponer que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno» (Terrádez Salom, 2018b, p. 77).

Con tal premisa, al margen de la subsidiaria protección judicial (subepígrafe 4.2.2, *infra*), la actividad normativa y la acción pública desplegadas en los diversos niveles territoriales nacionales (estatal, autonómico y local) no siempre (es más, raramente) han explicitado que se han verificado para dar cumplimiento a los compromisos derivados de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS. Lo cual, dicho sea de paso, no resulta ser una estrategia inteligente por parte de los poderes públicos de turno, por cuanto la CSE y la jurisprudencia del CEDS son susceptibles de aprehensión en el ámbito nacional como fuentes de legitimidad, que pueden y deben ser utilizadas para la elaboración de legislación y para la implementación de políticas públicas de naturaleza social (Terrádez Salom, 2018a, p. 165). Esa implementación

multinivel de la CSE ha sido promovida por el Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa (Jimena Quesada, 2018a).

Cabe ilustrar dicha consideración aludiendo, como ejemplo, al Decreto-Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regulaba el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana⁵⁹, el cual podría haber generado la impresión de que no era una norma adoptada por el Gobierno regional de turno en contra del criterio normativo del Gobierno estatal de turno si se hubiera mencionado expresamente en el preámbulo de aquel la fuente de legitimidad suministrada en aquel momento por la postura del CEDS en materia de acceso universal a la salud⁶⁰. Por el contrario, como en el caso mencionado del Real Decreto-Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, se omitió toda referencia al parámetro básico de la CSE.

4.2.2. Lo subsidiario: su justiciabilidad y el control de convencionalidad

Antes se ha aludido a la analogía entre la prevalencia de los tratados y la primacía del derecho de la UE (subepígrafe 4.1, *supra*), un paralelismo que ha sido acertadamente resaltado por el Consejo de Estado español⁶¹. Desde esta perspectiva, la justiciabilidad apoyada en

⁵⁹ Declarado inconstitucional y nulo mediante STC 145/2017, de 14 de diciembre.

⁶⁰ Conclusiones 2013 (publicadas en enero de 2014; violación del art. 11.1 CSE según la *ratio decidendi* por referencia al Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril). Por el contrario, en las Conclusiones 2017 (publicadas en enero de 2018), el CEDS cambió de criterio declarando la no violación del artículo 11.1 de la CSE. Ante ese giro jurisprudencial regresivo del CEDS, hay que tener en cuenta que la controvertida normativa sanitaria española de 2012 volvió a ser declarada contraria a los parámetros internacionales, en este caso al artículo 12 del Pacto DESC, por el Comité DESC en su última valoración de la situación española (observaciones finales adoptadas en marzo de 2018 en su 63.º periodo de sesiones, apdo. 42): pide a España «la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud. Además, le insta a que tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los arts. 2 y 12 del Pacto». Y esa interpretación, en definitiva, es la que debía prevalecer por imperativo del artículo 10.2 de la CE, en conjunción con los artículos 93 a 96 de la CE. Dicha interpretación fue la que se recogió, posteriormente, en el Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

⁶¹ Inspirándose en la experiencia constitucional francesa, el Consejo de Estado español decía en su Memoria anual de 1997:

En las consultas sobre proyectos legislativos el Consejo de Estado sustituye su tradicional examen de legalidad del texto reglamentario por un doble control o examen de constitucionalidad y de «convencionalidad». Estas verificaciones se realizan también en materia reglamentaria, pero en materia legislativa se hace con mayor meticulosidad (p. 149). [Y proseguía:] Al examinar los anteproyectos legislativos, el Consejo de Estado realiza además lo que se ha venido llamando «control de convencionalidad». Es enteramente aplicable aquí la conclusión a la que ha llegado la doctrina francesa respecto a su *Conseil d'État*: desde que es consultado de un anteproyecto de ley, el Consejo de Estado debe sistemáticamente plantearse la cuestión de saber si ese proyecto es compatible con el derecho comunitario y el derecho internacional (p. 158).

tratados como la CSE y la eventual aplicación del control de convencionalidad se desprende del citado juego combinado de los artículos 9.1 y 96.1 de la Constitución (STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6.º), por más que en el artículo 96.1 no se incluya una cláusula análoga a la de la segunda frase del artículo 93 del texto constitucional cuando impone a las Cortes Generales o al Gobierno (con omisión técnicamente injustificada del Poder Judicial) «la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales».

La reseñada lectura se ve sencillamente corroborada por el artículo 29 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales⁶². Cabalmente, esa prevalencia de las normas internas de producción internacional (señaladamente cuando, como en el caso que nos ocupa, reconozcan derechos humanos y sean más favorables que las de producción nacional) y el correspondiente control de convencionalidad comportan simple y llanamente una exigencia constitucional de respeto de los compromisos internacionales (*pacta sunt servanda*) asegurando de buena fe su efecto útil. De tal suerte, canon de constitucionalidad y estándar internacional se perfilan como convergentes y complementarios, puesto que «la Constitución no es ella sola, sino que se encuentra «convencionalizada», es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos» (Sagüés, 2014, p. 25).

Con tal filosofía, sobre no ser necesario, la reiterada Ley 25/2014, de tratados y otros acuerdos internacionales, viene a poner negro sobre blanco lo que manda el reiterado artículo 96.1 de la Constitución al disponer explícitamente esa prevalencia (art. 31). La lógica argumentativa, entonces, es sencilla: si se reconoce la prevalencia del tratado sobre la ley, ¿puede tal afirmación quedar en una mera regla teórica? La respuesta solo puede tener como consecuencia práctica que esa prevalencia comporta la aplicación judicial preferente del tratado sobre la ley.

Obviamente, el carácter supralegal o prevalente supone discernir entre aplicación y validez, puesto que la potestad de la jurisdicción nacional ordinaria se concreta en una inaplicación *inter partes* de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que esa potestad jurisdiccional comporte una consecuencia anulatoria *erga omnes* a través de una declaración de invalidez del canon nacional controvertido (lo cual configura una prerrogativa concentrada en manos de la jurisdicción constitucional).

Sentado lo anterior, lo bien cierto es que la intervención judicial configura el remedio resolutorio por excelencia para consolidar la articulación fluida de los diversos órdenes normativos y sus mecanismos de garantía. Consecuentemente, el mencionado control de

⁶² A tenor de dicho artículo 29 (observancia): «Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados».

convencionalidad está llamado a jugar una innegable relevancia, tanto más cuanto que coadyuva al correcto entendimiento del sistema de fuentes (incluida la fuente internacional como parte del ordenamiento interno), órganos (comprendida la acción de las instancias internacionales que interpretan esas fuentes externas) y fines (la optimización del sistema global de derechos humanos y, en nuestro caso, de los derechos sociales reconocidos en la CSE).

Se nos plantea, entonces, en una escena globalizada en la que los ODS proclamados por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2015 mediante la Agenda 2030 pueden ser objeto de implementación efectiva en Europa justamente a través de la CSE (Malinowski, 2019, p. 43), la siguiente cuestión: ¿por qué en América se ha entendido y asumido mejor el juego del control de convencionalidad que en Europa? Indudablemente, ello se debe en gran medida al respaldo ofrecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos emblemáticos (Nash Rojas, 2013, p. 495), además del soporte cualificado de la doctrina en América Latina (Bazán, 2011, p. 66). Diversamente, en Europa no ha habido pronunciamientos similares del TEDH, lo cual ha sido utilizado por la doctrina europea (y señaladamente española) para argumentar en contra del control de constitucionalidad, una oposición que me parece inasumible. Una doctrina que, por cierto, paradójicamente sí ha asumido hasta con entusiasmo el principio de primacía del derecho de la UE (Biglino Campos, 2008, p. 41), que se rige –como se viene enfatizando– por análoga dinámica que el control de convencionalidad.

Hasta tal punto es así que, en España, la consagración del control de convencionalidad ha venido recientemente de la mano del TC mediante la citada STC 140/2018 (FJ 6.º), en la que, además de apelar lógicamente a las bases constitucionales españolas, trae a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana (caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006) y el citado paralelismo con el principio de primacía del derecho de la UE. En puridad, no era necesario que el TC consagrara explícitamente el control de convencionalidad (Jimena Quesada, 2013, p. 28), como ya venía sólidamente afirmando la doctrina internacionalista (Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez García, 2006, p. 31) y, más recientemente, constitucionalista (Fondevila Marón, 2017, p. 348; Nuevo López, 2015, p. 144); pero ha sido totalmente pertinente ese espaldarazo de la jurisdicción constitucional española a la vista de la posición irresuelta (Barrero Ortega, 2019, p. 114; Matía Portilla, 2018, p. 128) o reacia (Alonso García, 2020, p. 20; Canosa Usera, 2015, p. 118) de parte de la doctrina constitucionalista y administrativista. Es más, tras la citada STC 140/2018, parte de esa misma doctrina todavía sigue incomprensiblemente empecinada en suscitar reticencias.

4.2.3. La concreta convencionalidad de la Carta Social

El control de convencionalidad en España vino dinamizado gracias a la protección judicial brindada por algunos órganos de la jurisdicción social con apoyo en decisiones del

CEDS dictadas en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas (por ejemplo, las pronunciadas frente a Grecia por las medidas de austeridad «anticrisis» impulsadas por la troika). El ejemplo más emblemático y mediático vino dado por la decisión de 23 de mayo de 2012 sobre la reclamación número 65/2011 (GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia), que fue asumida en nuestro país haciendo valer la prevalencia de la CSE sobre la aplicación de la disposición (art. 4.3) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo que estableció una figura contractual (contrato indefinido de apoyo a emprendedores) análoga a la griega, descartando la aplicación de la disposición nacional. Pese a que el procedimiento de reclamaciones colectivas no haya sido todavía aceptado en España, la interdependencia de dicho procedimiento con el mecanismo de informes propicia, a modo de «pasarela material», el adecuado uso de ese cuerpo común de jurisprudencia del CEDS (Jimena Quesada, 2014, p. 143).

Esa postura la inauguró la Sentencia 412/2013, de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Social número 2 de Barcelona (procedimiento núm. 426/2013 en materia de despido) y ha sido seguida con diversa intensidad por otros órganos jurisdiccionales del orden social. Lo curioso es que, incluso tras la divergente STC 119/2014, de 16 de julio (que avaló la constitucionalidad del contrato controvertido ignorando el parámetro interpretativo de la CSE, pese al mandato del art. 10.2 CE), se ha seguido acertadamente aplicando por algunas jurisdicciones ordinarias el criterio convencional marcado por el CEDS (González de Rivera Serra, 2016) ante un canon de constitucionalidad que ya no se perfila «infalible» (Molina Navarrete, 2014). Por supuesto, el asentamiento del control de convencionalidad con apoyo en la STC 140/2018 abre nuevas perspectivas para la salvaguardia de los derechos sociales (Jimena Quesada, 2019a, p. 434)⁶³.

Por cierto, para quienes persistan en sus recelos frente al control difuso de convencionalidad (y, por tanto, se muestren críticos con el FJ 6.º de la STC 140/2018) arguyendo que en los supuestos no susceptibles de recurso de amparo constitucional ese control ex artículo 24 de la CE no será posible, cabe oponer lo siguiente:

- Primeramente, el artículo 24 de la CE puede desplegar un juego apreciable de «conexión» con otras situaciones formalmente excluidas del amparo constitucional (como ocurre en el ámbito de la mayor parte de los derechos sociolaborales).
- En segundo término, tampoco conviene exagerar el juego potencial del recurso de amparo ante el TC, a tenor del altísimo porcentaje de inadmisiones, por lo que

⁶³ Claro exponente de ello, con ejercicio del control de convencionalidad y con cita expresa del fundamento jurídico sexto de la STC 140/2018, es la Sentencia 274/2020, de 17 de enero, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en la que se descarta, en virtud del parámetro de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS, la aplicación del artículo 52 d) del Estatuto de los Trabajadores, pese a la constitucionalidad declarada por la STC 118/2019, de 16 de octubre.

resulta ilusorio convertir lo subsidiario y extraordinario (el amparo constitucional) en medida reparadora ordinaria del, por lo demás, juego excepcional del control de convencionalidad.

- En tercer lugar y, sobre todo, con relación a lo anterior, es el sistema procesal de recursos ante las diversas instancias de la jurisdicción ordinaria el que realmente debe propiciar las oportunas correcciones ante un desvirtuado ejercicio del control de convencionalidad (lo mismo que cuando se produce una desacertada selección y/o aplicación de cualquier fuente nacional del derecho).
- Y, en fin, lo reseñado en nada queda alterado o rebatido por la existencia de posibles vías de prejudicialidad como la prevista por el artículo 267 del TFUE (cuestión prejudicial ante el TJUE) o por el más reciente cauce consultivo del Protocolo número 16 al CEDH⁶⁴. Ni tampoco queda desdicho por la postura formalista (desde su Auto de 4 de noviembre de 2015, FJ 3.º) de la Sala Social del TS en cuanto a la no idoneidad de las decisiones del CEDS en el recurso de casación a los efectos del artículo 219 de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS).

De todas formas, sobre esta última cuestión, con independencia de que sea lógicamente bienvenida una reforma en tal dirección del citado artículo 219 de la LRJS, lo que debe dotar de efectividad a la CSE y a la jurisprudencia del CEDS no es el requisito formal y procedimentalmente subsidiario de idoneidad de las resoluciones del CEDS en la vía casacional ante el TS (de igual manera que lo que dota de fundamentalidad a los derechos y libertades no es su susceptibilidad formal y procedimental para articularse a través de la vía subsidiaria del amparo ante el TC), sino el carácter vinculante de esos estándares internacionales impuesto por la Convención de Viena de 1969 y por la propia carta magna española de 1978. Pues, en definitiva, «es más que patente la relevancia que tiene la jurisprudencia del CEDS como parámetro de protección más elevado y su legítima y necesaria implementación por los órganos jurisdiccionales nacionales» (Salcedo Beltrán, 2018, p. 73).

Bajo el ángulo expuesto, las razonables cautelas con las que tiene que ser enfocado el control de convencionalidad (para evitar un «activismo judicial» que genere inseguridad jurídica y desigualdad aplicativa del derecho) no pueden erigirse en otros tantos pretextos para descartar ese control (para no dejar de infundir una necesaria «voluntad jurisdiccional positiva» que, como se viene insistiendo, respondería a un mandato constitucional de optimización de los derechos y libertades). Las ventajas, en todo caso, son mayores que los inconvenientes; adicionalmente, aquellas serían trasunto de una obligación constitucional, mientras estos traducirían excesivos recelos hacia un control difuso operado por la jurisdicción nacional. En este panorama, en el concreto terreno laboralista, estimo más sólida

⁶⁴ No ratificado (y ni siquiera firmado) todavía por España en el momento de cerrar el presente trabajo a finales de junio de 2021 (*vid.* https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/214/signatures?p_auth=TYLXWWwz).

la doctrina que avala el control de convencionalidad con fundamento en ese correcto entendimiento del sistema constitucional de fuentes y la posición en él de la CSE (Salcedo Beltrán, 2016; 2019a; Valdés Dal-Ré, 2020) que aquella otra que descarta dicho control basándose en argumentos ya superados en clave internacionalista o en la teoría constitucional, como el carácter *self-executing* de los tratados o la supuesta falta de legitimidad constitucional democrática por el hecho de que los jueces y juezas no sean elegidos por el pueblo (García-Perrote Escartín, 2016; Goerlich Peset, 2021).

Como es obvio, la tarea formativa de la judicatura y demás actores jurídicos no debe descuidarse; en nuestro caso:

- para no desvirtuar el carácter vinculante de la CSE acudiendo sesgadamente a las cláusulas programáticas de la parte I, en lugar de hacer valer las disposiciones vinculantes de la parte II;
- para tampoco dejar desprovisto de efecto útil al tratado internacional (en el supuesto de España, de la CSE de 1961 y del Protocolo de 1988) so pretexto de la existencia de un mecanismo de «ratificación a la carta» en el artículo 20 (pues España ha aceptado todas las disposiciones de ellos, dejando a salvo la innecesaria denuncia del art. 8.4 b) en el contexto previo a la STC 229/1992, de 14 de diciembre, y a la luz del art. 32 de la propia CSE de 1961);
- para no confundir la CSE de 1961 y el Protocolo de 1988 (aceptados por España) con la CSEr de 1996, sin por ello dejar de considerar la equivalencia entre las disposiciones de la Carta originaria de 1961 y del Protocolo de 1988 con los 23 primeros artículos de la CSEr de 1996,
- para saber discernir el Protocolo sobre reclamaciones colectivas de 1995 de la CSEr de 1996, o
- para no desconocer el estatuto de los miembros del CEDS y su funcionamiento jurisdiccional (por ejemplo, la base de datos jurisprudencial HUDOC⁶⁵ –asimilable a la del TEDH–, o el sistema de deliberación, votación y fallo).

Recuérdese que, en el ámbito europeo, se asumió con naturalidad, y aun con ostensible entusiasmo, que la jurisdicción nacional estaba habilitada (y obligada) en el ámbito de la UE para operar semejante control difuso de convencionalidad a través de los principios de primacía y efecto directo del derecho comunitario europeo. Luego, ¿por qué no admitir el ejercicio responsable del control de convencionalidad (en nuestro caso, teniendo presente la CSE y la jurisprudencia del CEDS) como elemento, no de debilidad, sino de fortaleza del ordenamiento constitucional y de fluidez de su sistema de fuentes?

⁶⁵ <https://hudoc.esc.coe.int>.

5. Consideraciones finales: la CSE como baluarte continental para los derechos sociales y como pilar del modelo social europeo en tiempos de COVID-19

Las reflexiones efectuadas conducen a una categórica consideración final, a saber, que la CSE se erige en el baluarte continental europeo para los derechos sociales, inscribiéndose con sello propio en el sistema global de derechos humanos e insertándose, asimismo, con fuerza vinculante en el sistema constitucional de derechos fundamentales, en una dinámica ascendente de constitucionalismo sociolaboral multinivel (Valdés Dal-Ré, 2016). Esta consideración, respaldada por la solidez de la jurisprudencia del CEDS, hace de la CSE un instrumento idóneo para las sinergias y enriquecimiento mutuo con los demás sistemas regionales de protección de los derechos humanos (básicamente, el interamericano y el africano).

En la misma línea, en el marco de las interacciones en el seno del propio sistema regional europeo, la CSE se eleva como el pilar básico del modelo social europeo. Verosíblemente, la CSE proyecta más amplio alcance y transformación constitucional en la efectividad de los derechos sociales a través de la acción del CEDS que otros mecanismos como el CEDH (más centrado en situaciones individuales que eventualmente dan lugar a una jurisprudencia social indirecta del TEDH) o la CDFUE (más anclada en los principios que en los derechos sociales, generando una jurisprudencia restrictiva en la materia por parte del TJUE). Así las cosas, el PEDS de la UE, sin valor vinculante, debe concebirse en su justa medida, de manera que pueda inspirar, pero no neutralizar (ni, menos aún, hacer desaparecer) la CSE, como refleja en España el ya mencionado Real Decreto-Ley 20/2020 por el que se establece el ingreso mínimo vital; y otro tanto hay que predicar de las respectivas jurisprudencias sociales del TEDH y del TJUE, que tienen que considerarse en su justo término.

Lo expuesto no es óbice para que se siga reflexionando sobre el perfeccionamiento del sistema de la CSE, incluso en el seno del propio CEDS lanzando propuestas para superar el mecanismo de ratificación «a la carta» o el carácter facultativo del procedimiento de reclamaciones colectivas, o para aumentar el número de miembros del CEDS y mejorar la definición de su perfil, o ampliar el catálogo de derechos con otros (como el derecho al medio ambiente sano, a la alimentación o al agua)⁶⁶.

Estas consideraciones adquieren todavía mayor vigor en contextos de crisis que afectan a los derechos sociales. Repárese en que, frente a las medidas restrictivas o de austeridad provocadas por la crisis económica y financiera global desde 2008, la jurisprudencia del CEDS ha resultado más operativa (especialmente, desde las decisiones frente a Grecia

⁶⁶ Estas propuestas pueden verse en el Documento de reflexión del CEDS sobre el seguimiento a dar al informe y propuestas del Comité director para los derechos humanos del Consejo de Europa adoptado por el CEDS el 21 de octubre de 2020 (<https://rm.coe.int/document-de-reflexion-sur-les-suites-a-donner-au-rapport-et-aux-propos/1680a0663b>).

adoptadas en 2012⁶⁷) que la del TEDH apostando por la inadmisibilidad⁶⁸ o la del TJUE decantándose por la incompetencia⁶⁹ en ese ámbito. Algunas de estas propuestas y otras, ya «clásicas» (como la adhesión de la UE a la CSE), ya más recientes (como la elaboración de un protocolo a la CSE similar al Protocolo núm. 16 del CEDH favoreciendo el diálogo consultivo entre el CEDS y las jurisdicciones supremas nacionales), han sido retomadas y lanzadas por la secretaria general del Consejo de Europa (Marija Pejčinović Burić) en abril de 2021 tomando como base el informe de un grupo de expertos de alto nivel⁷⁰.

Otro tanto cabe concluir con relación a la actual crisis causada por la pandemia de COVID-19 desde inicios de 2020, en cuyo marco el CEDS ha establecido criterios jurisprudenciales de proyección general para salvaguardar los derechos sociales en los ordenamientos internos de los Estados miembros del Consejo de Europa, frente a resoluciones de alcance más limitado del TEDH o posibles decisiones del TJUE que acometan indirectamente (con sesgo más económico, aunque con repercusión social) la emergencia sanitaria. Concretemos esta conclusión.

Efectivamente, la reciente jurisprudencia del TEDH muestra que el mecanismo de demanda individual es inidóneo para denunciar con carácter general la gestión de la crisis sanitaria del coronavirus en un país (decisión de inadmisibilidad de 3 de diciembre de 2020, demanda núm. 18108/20, *Le Mailloux c. Francia*) y, si acaso, se ocupa de asuntos particulares referentes a vulneraciones concretas de derechos civiles y políticos (*STEDH Feilazoo c. Malta* de 11 de marzo de 2021). Por su lado, la justicia de la UE se verá llamada a pronunciarse sobre aspectos comerciales concernientes a la estrategia de vacunación (contratación de la Comisión Europea como empresas farmacéuticas para la producción y distribución de vacunas). Con enfoque diverso, el CEDS ha establecido pautas jurisprudenciales para acometer de manera más ambiciosa el respeto de los derechos sociales en los actuales tiempos de COVID-19.

⁶⁷ Frente a las medidas adoptadas en sentido flexibilizador del mundo laboral (decisiones de 23 de mayo de 2012 de resolución de sendas reclamaciones núm. 65/2011 y núm. 66/2011, ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos) y del régimen de pensiones (decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012 de resolución de las reclamaciones núms. 76 a 80/2012 presentadas asimismo contra Grecia por diversos sindicatos). Cabe mencionar, asimismo, las restricciones «anticrisis» en otros países con relación a la prestación de servicios sociales (decisiones de 4 de diciembre de 2012 de resolución de las reclamaciones núm. 70/2011 y núm. 71/2011, *Association of Care Giving Relatives and Friends c. Finlandia*).

⁶⁸ Decisión del TEDH de 7 de mayo de 2013, de inadmisibilidad de las demandas números 57665/12 y 57657/12, *Ioanna Koufaki c. Grecia* y *ADEDY (Confederación de sindicatos de funcionarios públicos) c. Grecia*.

⁶⁹ La ya citada *STJUE Nisttahuz Poclava* (5 de febrero de 2015, C-117/14).

⁷⁰ Documento de información SG/Inf(2021)13, 22 de abril de 2021, «Mejorar la puesta en práctica de los derechos sociales-reforzar el sistema de la Carta Social Europea: proposiciones de la secretaria general» (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090001680a238c3>).

Dos han sido las acciones fundamentales desplegadas por el CEDS. La primera, la Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia, adoptada el 21 de abril de 2020⁷¹, mediante la que el CEDS pretende ofrecer una respuesta firme similar a la que proporcionó frente a la crisis humanitaria de personas refugiadas mediante una Observación de 5 de abril de 2015 (Salcedo Beltrán, 2020). En ella, sobre la base del artículo 11 de la CSE, el CEDS recuerda que los Estados deben adoptar todas las medidas de urgencia necesarias y adecuadas para prevenir y limitar la propagación del virus (incluidos los cribados masivos, la distancia social y el autoaislamiento, el suministro de mascarillas y productos desinfectantes o la imposición de cuarentenas y confinamientos), atender a las personas contagiadas (con atención especial a las más vulnerables) y velar por las condiciones de trabajo (sanas y seguras) de los profesionales de la salud. Subraya, asimismo, que el derecho a la salud del artículo 11 de la CSE entronca con los derechos a la vida y la integridad de los artículos 2 y 3 del CEDH, así como –transversalmente– con la mayor parte de los otros derechos de la misma CSE. Y advierte igualmente a los Estados que, sin perjuicio de las eventuales reclamaciones colectivas⁷², las Conclusiones de 2021 referentes al derecho a la salud apreciarán específicamente la respuesta inmediata ofrecida frente a la pandemia actual de COVID-19.

La segunda acción del CEDS ha sido su Declaración sobre la COVID-19 y los derechos sociales, adoptada el 24 de marzo de 2021⁷³. En ella, se parte de la evidente afectación por la crisis del coronavirus a los derechos consagrados en la CSE, tales como el empleo y condiciones laborales equitativas, la seguridad social, la asistencia social y médica, la educación, la protección contra la pobreza y la exclusión social o la vivienda, poniendo el acento además en la no discriminación (directa e indirecta) y en la atención a las personas y grupos en situación de vulnerabilidad (los derechos de la infancia y de las familias, de las mujeres, de las personas migrantes, de las personas mayores o de las personas con discapacidad). Para acometer esos desafíos, el CEDS enfatiza que las obligaciones establecidas en la CSE deben servir como hoja de ruta en los Estados parte, puesto que solamente la inversión en derechos sociales y en su puesta en práctica atenuará el impacto negativo de la crisis y acelerará la recuperación social y económica después de la pandemia, apelando a la implicación decisiva de los agentes sociales y de la sociedad civil en la planificación, realización y evaluación de dichos esfuerzos para garantizar la legitimidad de los esfuerzos comunes y las responsabilidades compartidas.

⁷¹ <https://rm.coe.int/observation-interpretative-sur-le-droit-a-la-protection-de-la-sante-en/16809e3641>.

⁷² De hecho, ya se ha registrado una primera reclamación directamente relacionada con la COVID-19, en fecha 26 de noviembre de 2020 (núm. 197/2020, *Validity c. Finlandia*), en la que el CEDS se habrá de pronunciar sobre las alegaciones de la organización denunciante referentes a la violación de los artículos 11 (salud), 14 (servicios sociales) y 15 (derecho de las personas con discapacidad a la autonomía, la integración social y la participación en la vida de la comunidad), en conjunción con la cláusula de no discriminación (art. E CSEr), reprochando al Gobierno demandando que durante la primavera de 2020 no adoptara las medidas adecuadas en el contexto de la pandemia de coronavirus para proteger la vida y la salud de las personas con discapacidad, sino medidas restrictivas que condujeron a su aislamiento en instituciones con prohibición de visitas.

⁷³ <https://rm.coe.int/declaration-du-ceds-sur-la-covid-19-et-les-droits-sociaux/1680a230c9>.

Y una ulterior consideración dirigida a potenciar, desde el mundo jurídico, la CSE como tratado europeo de derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en tiempos de COVID-19. Si los derechos valen tanto como las garantías, estas valen tanto como la voluntad positiva jurídica (y jurisdiccional) de ponerlas en práctica. Podríamos interrogarnos qué es peor con respecto a la CSE: si ignorarla involuntariamente por falta de formación (inexcusable y agravada si media ausencia de interés formativo, o sea, voluntad pedagógica) o ignorarla a sabiendas pese a conocerla (un desconocimiento trocado de mala fe para aborcarla a un efecto inútil). Ahora bien, la ignorancia de las leyes ([sic] del Derecho) no excusa de su cumplimiento, entrando entonces en juego las diversas manifestaciones de la responsabilidad. Esta llamada a la responsabilidad, en fin, debe tener presente que la respuesta ante los retos vinculantes del «proceso de Turín» del Consejo de Europa (o ante los desafíos revestidos de *soft law* del PEDS en el seno de la UE) se sustenta en un simple aserto: el coste de no proteger los derechos sociales siempre será mayor que el de salvaguardarlos.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Akandji-Kombé, Jean François. (2006). Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década. *Revista de Derecho Político*, 67, 387-407. <https://doi.org/10.5944/rdp.67.2006.9005>.
- Aliprantis, Nikitas. (2006). Les droits sociaux sont justiciables! *Droit Social*, 2, 158-164.
- Alonso García, Ricardo. (2020). El control de convencionalidad: cinco interrogantes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 13-51. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>.
- Barrero Ortega, Abraham. (2019). *Nuevos derechos y garantías*. Tirant lo Blanch.
- Bazán, Víctor. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18, 63-104.
- Belorgey, Jean Michel. (2010). Le Conseil de l'Europe au milieu du gué. *Revue Administrative*, 372, 625-626.
- Bidart Campos, Germán. (1994). La interpretación del sistema de derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 19, 11-46.
- Biglino Campos, María Paloma. (2008). La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta. La perspectiva española. En Ana María Carmona Contreras (Coord.), *La Unión Europea en perspectiva constitucional* (pp. 35-52). Aranzadi Thomson Reuters.
- Brillat, Manuela. (2021). UWE c. Europe: Marie Curie s'en va-t-en guerre! *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1(11), 284-297. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5477>.

- Canosa Usera, Raúl. (2015). *El control de convencionalidad*. Civitas/Thomson Reuters.
- Cançado Trindade, Antônio Augusto. (1998). Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos. En *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (pp. 107-135). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chatton, Gregor T. (2008). La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta. *Revista de Derecho Político*, 73, 271-310. <https://doi.org/10.5944/rdp.73.2008.9065>.
- Dalli, María. (2021). El ingreso mínimo vital y el derecho a la asistencia social de la Carta Social Europea. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1(11), 208-242. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5506>.
- Fernández de Casadevante Romani, Carlos y Jiménez García, Francisco. (2006). *El derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución española: 25 años de jurisprudencia constitucional*. Thomson/Civitas.
- Fondevila Marón, Manuel. (2017). Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos. *Estudios de Deusto*, 1(65), 347-360. [https://doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp347-360](https://doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp347-360).
- García-Perrote Escartín, Ignacio. (2016). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 15, 18-44.
- Goerlich Peset, José María. (2021). (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial? *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2), 4-17. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>.
- González de Rivera Serra, Francesc Xavier. (2016). Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales. En Josep Fargas Fernández (Coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional* (pp. 85-120). Huygens Editorial.
- Jimena Quesada, Luis. (2012). Profils juridiques et effectivité des décisions du Comité européen des droits sociaux. En Diane Roman (Dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances* (pp. 165-177). Pedone.
- Jimena Quesada, Luis. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*. Aranzadi.
- Jimena Quesada, Luis. (2014). Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees. En Marilisa D'Amico y Giovanni Guiglia (Dirs.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century* (pp. 143-158). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Jimena Quesada, Luis. (2016). *Social rights and policies in the European Union: new challenges in a context of economic crisis*. Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, Luis. (2018a). Le rôle des pouvoirs locaux et regional dans la mise en œuvre de la Charte sociale européenne. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2(8), 1-17.

- Jimena Quesada, Luis. (2018b). Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 17-41.
- Jimena Quesada, Luis. (2019a). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, 34-461.
- Jimena Quesada, Luis. (2019b). La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales. En Carlos Fernández de Casadevante Romani (Coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional* (pp. 125-167). Dykinson.
- Jimena Quesada, Luis. (2021). Diez razones para la aceptación de la Carta Social Europea y del procedimiento de reclamaciones colectivas. En Carmen Salcedo Beltrán (Dir.^a), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo (homenaje al Profesor José Vida Soria)* (pp. 37-56). Tirant lo Blanch.
- Malinowski, Jan. (2019). Charte sociale européenne-1961. Pour la défense de Cendrillon. En *Artisans de l'Europe. 30 témoignages pour 70 ans d'Histoire (1949-2019)* (pp. 37-44). La Nuée Bleue.
- Márquez Prieto, Antonio. (2017). Obligaciones y vínculos (artículos A y B). En Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez (Dirs. y Coords.), *La garantía multi-nivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 971-973). Comares.
- Matía Portilla, Francisco Javier. (2018). *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Marcial Pons.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2014). *Reforma laboral y «justicia constitucional»: el Tribunal Constitucional ni es infalible ni ya tiene la última palabra*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 377-378, 183-190.
- Monereo Pérez, José Luis. (2021). La garantía del derecho a la existencia y los fundamentos jurídicos de la renta mínima en la Carta Social Europea. En Carmen Salcedo Beltrán (Dir.^a), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo (homenaje al Profesor José Vida Soria)* (pp. 197-272). Tirant lo Blanch.
- Nash Rojas, Claudio. (2013). Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX*, 489-509.
- Nivard, Carole. (2013). La justice sociale dans la jurisprudence conventionnelle. En Laurence Burgogues-Larsen (Dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe* (pp. 61-80). Pedone.
- Noguera Fernández, Albert. (2016). Hacia una reforma de la Carta Social Europea: propuestas para seguir avanzando en la justiciabilidad de los derechos sociales. *Revista Española de la Función Consultiva*, 26, 105-126.
- Nuevo López, Pablo. (2015). Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista Catalana de Dret Públic*, 50, 141-160.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1988). *La elaboración de la Constitución de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Roman, Diane. (2009). L'universalité des droits sociaux à travers l'exemple du droit à la protection sociale. *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 7, 117-132. <https://doi.org/10.4000/crdf.6697>.
- Sagüés, Néstor Pedro. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje

- del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(1), 23-32.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2016). La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 13, 27-52.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2018). Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (Constitución Social de Europa). *Revista de Derecho Social*, 83, 45-74.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2019a). Normas internacionales y derecho interno: prevalencia, respeto y efectividad de los derechos sociales: SJS núm. 26 de Barcelona, de 12 de marzo de 2018 (JUR 2018, 154342), y núm. 3 de Talavera de la Reina, de 29 de junio de 2018 (JUR 2018, 293717). *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 216, 313-320.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2019b). Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 153-188.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020). Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 155-170.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). La autorización de la firma del Protocolo de Reclamaciones Colectivas: un premio para los derechos sociales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 199-217.
- Salvioli, Fabián. (2020). *Introducción a los derechos humanos. Concepto, fundamentos, características, obligaciones del Estado y criterios de interpretación jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Stangos, Petros. (2018). Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del pilar europeo de derechos sociales. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 139-164.
- Terrádez Salom, Daría. (2018a). La aplicación de la Carta Social Europea a través de la legislación autonómica. Crónica de una disparidad Estado-comunidades autónomas. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 165-192.
- Terrádez Salom, Daría. (2018b). *La Carta Social Europea en el orden constitucional español*. Athenaica Ediciones Universitarias.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2016). *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Bomarzo.
- Valdés Dal-Ré, Fernando. (2020). Control de convencionalidad y jurisdicción social. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, 1-9.
- Von Bogdandy, Armin. (2015). *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, 34, 3-50. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>.
- Zerbini Ribeiro Leão, Renato. (2009). *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. Nuria Fabris Editora.



El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia

Carmen Salcedo Beltrán

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valencia

Consultora experta internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea)

carmen.salcedo@uv.es | <https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>

Extracto

El estudio analiza el órgano de supervisión de la Constitución Social de Europa, el Comité Europeo de Derechos Sociales. Su virtualidad en los últimos años es manifiesta, puesto que sus pronunciamientos se incorporan, cada vez más, en la fundamentación jurídica de las instancias jurisdiccionales nacionales. Este protagonismo ha conllevado que la cuestión relativa a los efectos vinculantes y entre particulares de las conclusiones y las decisiones sobre el fondo sea objeto de debate. Las personas partidarias y detractoras coexisten, junto con las que ignoran su realidad. A lo largo del mismo se prueba su trascendencia y, con ello, la necesidad de observarlo como parámetro de interpretación legítimo que integra el tratado. Para ello se atenderá a significativos pronunciamientos, entre los que destacan los emitidos respecto de las quince reclamaciones colectivas que se presentaron simultáneamente contra los países que se examinan por ese mecanismo. Por primera vez, las desigualdades de género en Europa han sido verificadas desde el ángulo de la Carta Social Europea. El resultado es histórico hasta el punto de que la fundamentación jurídica ha derivado en la adopción de unos criterios generales y de una declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ambos remiten a los Estados parte de la organización un principio clave: la incompatibilidad de las discriminaciones por razón de sexo con la lucha por la preservación de los derechos humanos.

Palabras clave: Comité Europeo de Derechos Sociales; decisiones de fondo; brecha de género; Carta Social Europea; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 08-05-2021 / Fecha de revisión: 01-07-2021 / Fecha de aceptación 01-07-2021

Cómo citar: Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 73-127.



The European Committee of Social Rights: *legis interpretatio legis vim obtinet* in its maximum essence and resistance

Carmen Salcedo Beltrán

Abstract

This study analyzes the supervisory body of Europe's Social Constitution, the European Committee of Social Rights. In recent years, the Committee's virtuality has become evident, as its decisions have been increasingly used as legal arguments by national courts. This central role has led to debates concerning the legally-binding and horizontal effects of the Committees' conclusions and decisions on the merits. Supporters and opponents coexist, along with those who ignore this reality altogether. Throughout this article, their importance is demonstrated and, with it, the need to observe them as a legitimate canon of interpretation recognized by an international treaty. To this effect, relevant decisions are analyzed, including the fifteen collective complaints that were simultaneously filed against the countries that are subject to this monitoring mechanism. It is worth noting that, for the first time in Europe, gender inequalities have been revealed in light of the European Social Charter. This result can be qualified as historic to the extent that the legal basis used by the European Committee of Social Rights has led to the adoption of general criteria and a declaration by the Committee of Ministers of the Council of Europe. Both refer States parties of the organization to a key principle: the incompatibility between sex-based discrimination and the preservation of human rights.

Keywords: European Committee of Social Rights; decision on the merits; gender gap; European Social Charter; case law.

Citation: Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). The European Committee of Social Rights: *legis interpretatio legis vim obtinet* in its maximum essence and resistance. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 73-127.

Sumario

1. Consideraciones preliminares: un contexto lego, intrincado y controvertido sobre el pretor por excelencia de los derechos sociales
 2. El CEDS: ¿qué es, cómo funciona y para qué sirve?
 3. La efectividad de los derechos a través de los mecanismos de garantía: *nulla est maior probatio quam evidentia*
 - 3.1. La brecha de género a examen de la CSE: University Women of Europe sienta en el banquillo a Europa (reclamaciones colectivas núms. 124 a 138/2016)
 - 3.1.1. Delimitación del marco regulador
 - 3.1.1.1. El derecho de las personas trabajadoras de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor
 - 3.1.1.2. El derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón del sexo
 - 3.1.2. La superación del «escuadrón» gubernamental en la fase de admisibilidad
 - 3.1.3. Una extensa instrucción presidida por la transparencia y la participación
 - 3.1.4. Las decisiones sobre el fondo de 5 y 6 de diciembre de 2019
 - 3.1.4.1. Un veredicto gobernado por la hegemonía de las discriminaciones
 - 3.1.4.2. Una fundamentación jurídica instituida en vector europeo: los criterios generales para alcanzar la igualdad de remuneración y de oportunidades para las mujeres en el ámbito laboral
 - 3.1.4.3. La declaración del Comité de Ministros sobre la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo fundamental en materia de derechos humanos
 - 3.1.4.4. La petición de compensación de gastos
 - 3.2. Aproximación a significativa jurisprudencia reciente y próxima
 4. Reflexiones conclusivas y una propuesta
- Referencias bibliográficas

Nota: el presente estudio se enmarca en las actividades del grupo de investigación internacional «Derechos Humanos y Carta Social Europea» de la Universidad de Valencia (GIUV2013-148).

1. Consideraciones preliminares: un contexto lego, intrincado y controvertido sobre el pretor por excelencia de los derechos sociales

De entrada, la directriz que regirá este estudio: el órgano soberano de supervisión y máximo intérprete, con carácter vinculante, de la Carta Social Europea (CSE/CSEr) es el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Soy consciente de las inmediatas reacciones que suscita de todo tipo, a favor y en contra. Si hay recelos con el tratado, más aún surgen con quien lo monitoriza.

A este respecto, están quienes lo ensalzan. Para su prueba, no recurriré a la doctrina científica que se inclina por esta interpretación, pues fácilmente la opuesta expondría sus argumentos. Lo haré con la praxis, que proporciona legitimidad a la aseveración. El 19 de noviembre de 2013 se puede considerar que marcó un punto de inflexión con la adopción de la primera sentencia del orden jurisdiccional social que aplicó el control de convencionalidad con este convenio y uno de sus pronunciamientos. Su trascendencia no solo fue por el asunto que abordó –el controvertido periodo de prueba de 1 año del afortunadamente derogado contrato de apoyo a emprendedores–, sino también por cuatro contundentes referencias: la equiparación entre la CSE y los tratados de la Unión Europea (UE) en cuanto a su necesario respeto¹; el efecto vinculante horizontal –entre particulares– de un precepto de la primera (art. 4.4); la inserción en la argumentación jurídica de la hermenéutica de esa

¹ Varias son las ocasiones en las que el CEDS ha confirmado la coexistencia de diferentes estándares de protección y la ausencia de presunción de conformidad de una norma o práctica amparada desde el punto de vista del derecho comunitario europeo (es decir, no se acepta una presunción de conformidad del derecho de la UE con respecto a la CSE similar a la que sí acepta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –TEDH– con relación al Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH–, conocida como «doctrina Bosphorus»). En las Conclusiones de 2019 emitidas a España así lo aplicó al examinar el marco normativo de los despidos colectivos que puedan afectar a las trabajadoras durante su ausencia por permiso de maternidad o tras su expiración: la normativa española que los autoriza, si la empresa no cesa totalmente su actividad, no es compatible con el artículo 8 de la CSE (Derecho de las trabajadoras a la protección por maternidad). Subraya que esta interpretación no se ve afectada por el aval de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16, Jessica Porras Guisado/Bankia, SA, Fondo de Garantía Salarial y otros). Es paradigma Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contra Suecia, reclamación colectiva número 85/2012, decisión sobre el fondo de 3 de julio de 2013. *Vid.* Salcedo Beltrán (2014, pp. 104-113).

disposición realizada por una *decisión sobre el fondo*, término prácticamente desconocido; y, además, su naturaleza equivalente a la del texto normativo².

A partir de ese momento, se sucedieron más, de primera y segunda instancia judicial, de la misma o diferente materia. Las presiones tuvieron que desaparecer tras el respaldo de la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 140/2018, de 20 de diciembre, que incuestionablemente resuelve sobre el carácter supralegal del canon internacional, concepción convergente con el canon de constitucionalidad (Jimena Quesada, 2019a, pp. 440-443). La expresión resaltada en cursiva en el párrafo precedente debería dejar de ser extraña. Se le unieron las decisiones sobre el fondo de 7 de diciembre de 2012, *Fédération des pensionnés salariés de Grèce (IKA-ETAM)* contra Grecia, reclamación colectiva número 76/2012 –reducción o neutralización de la subida de las pensiones según el IPC–, o la de 23 de junio de 2010, *Confédération Générale du Travail (CGT)* contra Francia, reclamación colectiva número 55/2009 –incompatibilidad de la asimilación de los periodos de guardia localizada a descanso–. Todas probaban una articulación de las fuentes jurídicas y un respeto de los preceptos constitucionales (art. 96 Constitución española –CE– y Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales)³. En suma, se erigían en exponente de comprometida voluntad positiva, representando una «ejemplarizante doctrina judicial que opta por emplear el principio de “*favor libertatis*”» (Jimena Quesada, 2016). Me remito a estudios precedentes en los que he realizado una relación detallada (Salcedo Beltrán, 2020e). Añadiré uno de los más recientes para confirmar que la línea iniciada, lejos de

² Sentencia del Juzgado de lo Social (SJS) número 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (rec. 426/2013). Se determinó la incompatibilidad del periodo de prueba del «contrato de apoyo a emprendedores» con el artículo 4.4 de la CSE y la interpretación de la decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2012, *Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP-DEI)/Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY)* contra Grecia, reclamación colectiva 65/2011. Sobre este contrato, *vid.* Salcedo Beltrán (2013). Según el seguimiento del CEDS a su pronunciamiento, sigue vigente en el país demandado (tercera evaluación *Constats/Findings 2020*, 24 de marzo de 2021, <https://rm.coe.int/constats-ceds-2020/1680a1dd3a>, p. 131).

³ Desconciertan las valoraciones doctrinales (Goerlich Peset, 2021, pp. 13-14) que consideran que ese supuesto activismo judicial que aplica el control de convencionalidad deriva en inseguridad jurídica, pues el criterio esencial de funcionamiento del ordenamiento interno debe ser el imperio de la ley. A mi modo de ver, la referencia constitucional y su desarrollo legislativo imponen el respeto por todos los poderes públicos de las normas internacionales y su prevalencia sobre las internas. Por ello, su materialización supone todo lo contrario, es decir, es una rigurosa observancia del mandato exigido. Además, efectuarlo no es una cuestión facultativa del órgano jurisdiccional, sino estricto cumplimiento de las fuentes jurídicas. Los cánones internacionales, ratificados y publicados oficialmente, conforman el ordenamiento jurídico y en su articulación tienen carácter supralegal. La oposición a su reconocimiento resulta de una tradicional percepción de los tratados como instrumentos teóricos, vacíos y carentes de efectividad, de forma que se conmemore su firma como un gran progreso, pero, a partir de ese momento, sean adornos que «no molesten». Por consiguiente, la inestabilidad jurídica la causan las instancias legislativas que adoptan normas contrarias a los compromisos adquiridos y no las jurisdiccionales que precisamente, gracias al control de convencionalidad, preservan el Estado de derecho.

ser abandonada, se mantiene. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias/Las Palmas de 16 de julio de 2020 (rec. 383/2020). Esta, categóricamente, hace suyos los razonamientos de sus precursores sobre el valor supralegal de la CSE y de la plena aplicación, como exégesis auténtica, de los pronunciamientos del CEDS que se limitan a precisar el contenido.

Este criterio, en el año 2020, ha encontrado incluso uno de sus puntos más álgidos. Partiendo de los antecedentes indicados, algunas sentencias han recurrido a decisiones sobre el fondo de disposiciones que todavía no se han ratificado. Su impacto se ha debido a suscitar la confrontación de la regulación del despido improcedente del artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET) con el canon del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Su origen se localiza en el idéntico conflicto suscitado por las reformas laborales de Francia e Italia. Estas, entre otros aspectos, introdujeron un baremo para las indemnizaciones por despido injustificado. La primera, en virtud de *l'Ordonnance n.º 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*, que modificó el artículo L1235-3 del Código del Trabajo (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). La segunda, a consecuencia del Decreto legislativo de 4 de marzo de 2015, n.º 23, *Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (plafond progressivo)*. La característica radica en que la cuestión se ha trasladado a nuestro país sin haberse producido una modificación específica en cuanto al carácter tasado de la forma de calcular. Me estoy refiriendo a las SSJS número 26 de Barcelona de 28 de julio y 31 de julio de 2020 (reces. 848/2019, 170/2020 y 174/2020)⁴. Para

⁴ Están también dos del JS número 34 de Madrid de 21 y 24 de febrero de 2020 (reces. 843/2019 y 991/2019), que coinciden en cuanto a la argumentación de los textos suprallegales. Pero presentan una confusión entre la «aplicación» y la «validez» en la interpretación del artículo 96 de la CE y, por tanto, en la prerrogativa que proporciona a las instancias inferiores. Específicamente, divergen en un elemento muy importante, las consecuencias de la implementación de los textos aludidos al supuesto planteado. En estas, que respectivamente versan sobre despidos, la primera disciplinario y la segunda de forma tácita con motivo de una supuesta finalización de la contrata, se considera que la posición suprema del órgano judicial comporta:

[...] la nulidad de la normativa reguladora del despido improcedente en nuestro ordenamiento en tanto en cuanto a esa calificación deben remitirse todos los despidos injustos, ilegales, ilegítimos, abusivos o sin válida motivación, para los que nuestra legislación no reserva la calificación de procedentes y nulos.

Añade que «puede y debe» hacerlo conforme al artículo 96 de la CE por «la falta de acomodación a lo dispuesto en los arts. 4, 9.1 y 10 del Convenio 158 de la OIT, jerárquicamente superiores». Es contradictorio que, a continuación, la complementa con otro término que es el que debería haber utilizado en todo momento, el de *aplicación* de la norma de rango. También, desconcierta que no referencie nunca en su extenso texto la STC 140/2018, la expresión «control de convencionalidad», así como la atribución de la competencia de interpretar el convenio, al estimar que no existe un intérprete auténtico. El pronunciamiento acaba resolviendo la improcedencia del despido, pero obligando a la readmisión por un criterio de jerarquía *stricto sensu*. Hay que destacar una conclusión con nueve puntos en los que prácticamente se resuelve que todos los efectos habituales del despido improcedente son contrarios a la

ello, apelan, sin precedentes, al artículo 24 de la CSEr y a las decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016, Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, reclamación colectiva número 106/2014, y de 11 de septiembre de 2019, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia, reclamación colectiva número 158/2017. En las tres, se sortea la dificultad realizando la congruente sinergia con el Convenio número 158 de la OIT. Se estima que «el contenido normativo es el mismo», una «mera reordenación del contenido obligacional [...] con mejor y más actual técnica», por lo que se puede predicar su aplicación. Esto deriva en la traslación de la jurisprudencia pronunciada sobre el precepto del «máximo intérprete», vinculante⁵, como literalmente establecen. Se trata de una actuación apropiada y coherente, pues expresamente el Informe explicativo de la CSEr da cuenta de que se inspira en ese convenio⁶. Cada vez más doctrina autorizada avisa de que la tradicional forma de cuantificar de este despido «rígida y predeterminada» en la que se presume la «adecuación» contraviene las fórmulas «flexibles y abiertas» del modelo social europeo (Molina Navarrete, 2021b, p. 235).

Similar avance se ha efectuado de las conclusiones del CEDS. Son un poco más conocidas por ser aplicable el sistema de informes a todos los Estados parte. Puede apreciarse en la STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2020 (rec. 283/2020), que alude a las Conclusiones XIII-4, XIV-1, XV-1, XVI-1, XVII-1, XVIII-1, XIX-2; la STC 139/2016, de 21 de julio, a las Conclusiones XX-2; o la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 8 de enero de 2020 (rec. 964/2019), a las correspondientes a XX-3 (2014), en todas para indicar la no conformidad que se comunicó a España.

norma supranacional. El recurso de suplicación presentado por dos de las empresas condenadas en la segunda sentencia ha sido admitido por la STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2020 (rec. 587/2020). Establece que:

[...] no es irrazonable atender al salario y tiempo de servicios del trabajador en la empresa como elementos de compensación, ni desde luego tampoco lo es que sobre estos elementos se aplique un factor multiplicador prefijado por la ley que, en atención a la culpabilidad del empresario en la extinción, [que no hay oposición al Convenio núm. 158 de la OIT pues] se limita a disponer, entre otras posibilidades, el pago de «una indemnización adecuada», sin precisar los elementos de determinación [y que] el propio legislador valora específicamente las situaciones en que la ilícita decisión extintiva del empresario conlleva un daño cualificado por haberse producido con discriminación o violación de derechos fundamentales y libertades públicas, supuesto en que la ley ordena la calificación del despido como nulo.

Más inflexible es la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2021 (rec. 596/2020), que se opone al efecto directo del Convenio número 158 de la OIT y a la facultad de los jueces o tribunales para «imponer la indemnización que le parezca pertinente a tenor de las características de cada despido improcedente».

⁵ A pesar de esa apreciación, se refiere con el término «dictámenes» de especial relevancia interpretativa.

⁶ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800cce7d>. Así lo traslada en la práctica en los trámites que sigue el CEDS durante la instrucción en los dos procedimientos de supervisión mediante una enriquecedora *vis attractiva* de la jurisprudencia de este (Salcedo Beltrán, 2019).

No solo se localizan las que tienen como destinatario nuestro país, sino también las de otros, para delimitar el contenido de un precepto. Así lo realiza la STSJ de Cataluña de 11 de noviembre de 2019 (rec. 3647/2019), para completar el tenor literal del artículo 7.10 de la CSE, que garantiza el ejercicio efectivo del derecho de los niños y jóvenes, debiendo los Estados proteger contra los peligros físicos y morales a los que están expuestos, en particular aquellos que son resultado directo o indirecto de su trabajo. Se incluyen en estos, en virtud de las Conclusiones 2004, Bulgaria, y XVII-2 (2005), Portugal. Otro ejemplo es la STSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2020 (rec. 1108/2020), en cuanto a las de Turquía del año 2012, transcribiendo la interpretación del artículo 24.3 de la CSEr que, si bien, no está ratificado, se sirve del mismo para remarcar que no contempla limitaciones como estándar de protección más elevado.

Lo mismo se ha de señalar de las observaciones interpretativas que normalmente se emiten en el marco de ese procedimiento⁷. Son muestra de ello las SSTSJ de Cataluña de 19 de octubre de 2020 (rec. 44/2020), 12 y 17 de noviembre de 2020 (recs. 38/2020 y 13/2020), sobre la pronunciada del artículo 3 de la CSE en las Conclusiones I (1969), II (1971) y XIV-2 (1998)⁸.

En esta enumeración de partidarios citaré a los Estados, pero precisando que se encuadran en esta posición cuando se les comunica la conformidad con el tratado. En esas circunstancias se exhiben como modelos, realizando al CEDS y su actividad de control. Dos ejemplos lo ilustran. Reino Unido, que difundió la adopción, en cumplimiento de una conclusión de no conformidad, de la *Children (Equal Protection from Assault) Scotland Act 2019*, o Finlandia, que tras ser condenada por incumplir los artículos 27, 16 y 17, estos últimos en combinación con el E, de la CSEr en Central Union for Child Welfare (CUCW), reclamación colectiva número 139/2016, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2019, publicó en la web gubernamental la retirada de la modificación legislativa⁹. Cabe añadir que el CEDS igualmente publica todos los años, en el seguimiento que realiza en este sentido (*Constats/Findings*) (Jimena Quesada, 2019b, pp. 134-135), los progresos de los Estados de las

⁷ Excepcionalmente en dos ocasiones no han ido conjuntamente. El motivo fue el de reaccionar con urgencia frente a las que están consideradas las dos crisis europeas más significativas. Son la de las personas refugiadas en 2015 y la de la pandemia de la COVID-19 en 2020. Fueron las Observaciones interpretativas de 5 de abril de 2015, sobre los derechos de las personas refugiadas, y de 21 de abril de 2020, sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia. Para un análisis amplio, *vid.* Salcedo Beltrán (2020a).

⁸ El CEDS se ha pronunciado en el sentido de que: «El derecho de cada trabajador a un ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho ampliamente reconocido que fluye directamente del derecho a la integridad de la persona humana, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos».

⁹ *Vid.* <https://www.gov.scot/publications/children-equal-protection-from-assault-scotland-bill-framework-for-statutory-bodies/> y https://valtioneuvosto.fi/en/-/the-european-committee-on-social-rights-made-a-ruling-against-finland-on-restricting-the-right-to-early-childhood-education-and-care?fbclid=IwAR3EU0m9sYJ3j8iBP_Un8bWgEswdZpH1ukcBasih2L76koU560fnPITNKO0.

situaciones o prácticas que han sido declaradas incompatibles. En el último, de 24 de marzo de 2021, nueve se habían corregido¹⁰.

Por contraste, los que lo cuestionan, de signo totalmente contrario. Están los que le restan la competencia de resolver, atribuyéndosela al Comité de Ministros (SJS núm. 2 de Toledo de 8 de octubre de 2020, rec. 373/2020). También los que, asumiéndola, neutralizan el efecto preceptivo de sus pronunciamientos, ya sea porque se equiparan a informes (STSJ de Madrid de 15 de octubre de 2020, rec. 283/2020), a dictámenes, a recomendaciones o a doctrina (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS–, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de octubre de 2020, recs. 64/2019 y 66/2019, y STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2020, rec. 587/2020). También los que niegan cualquier posibilidad de invocación en un juicio entre particulares (STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2020, rec. 5840/2019) o como doctrina de contradicción en un recurso en unificación de doctrina (Auto del TS de 10 de enero de 2019, rec. 765/2018).

De igual modo, los que estiman que las decisiones de fondo no pueden ser invocadas por no tener ratificado el Protocolo de reclamaciones colectivas (PRC) (STC 95/2015, de 14 de mayo). Se confunde la imposibilidad de presentar directamente una reclamación con sus efectos. Estos van más allá de los que han suscrito la norma, es decir, se extiende a todos los que tengan ratificado el precepto que se interpreta si la situación es comparable. En suma, el impedimento de instrumentar una reclamación colectiva o ser parte en la misma no es trasladable a su recurso para fundamentar o, en su caso, sentenciar, si están presentes las premisas apuntadas (Salcedo Beltrán, 2020b, p. 264).

Luego, están también los Estados que pasan a estar en el otro lado cuando se resuelve la no conformidad. Los ataques van desde directos contra el CEDS hasta los que ponen en duda su actuación. Como paradigma, los Países Bajos que, tras la decisión sobre el fondo de 1 de julio de 2014, reclamación número 90/2013, Conférence des Eglises européennes (CEC), lo condenó por el incumplimiento de los artículos 13.4 y 31.2 de la CSEr con referencia a las personas inmigrantes adultas en situación irregular. Este calificó las interpretaciones de injustificadas, extralimitadas de su competencia –al imponer unilateralmente obligaciones que no están previstas en el tratado–, de no realizarlas de buena fe e, incluso, ser contrarias al propio texto¹¹.

También están incluso los que se atreven a hacerle recomendaciones. Así, no deja de sorprender la osadía de los responsables gubernamentales de Noruega, en la réplica en la que solicita la inadmisibilidad de la reclamación número 135/2016, Groupe européen des femmes diplômées des universités (GEF DU), de 14 de junio de 2017. Le indica que

¹⁰ Vid. en *Constats 2020* (<https://rm.coe.int/constats-ceds-2020/1680a1dd3a>). Un análisis de los efectos anteriores en Salcedo Beltrán (2020b, pp. 260-264).

¹¹ En *Annexe à la Résolution CMI/ResChS(2015)5, Intervention de la délégation des Pays-Bas*.

la decisión a adoptar la debería razonar recurriendo, en particular, al CEDH. Además, le sugiere los criterios que en ese sentido sigue el TEDH y la «Guía práctica sobre admisibilidad» de este, especificándole las páginas concretas¹².

Entre estos dos extremos están los que ni siquiera saben de su existencia o la confunden. Siguiendo con la práctica, son comunes las erróneas denominaciones. Parte de ellas por su asimilación a órganos de la UE. Así se encuentra la de «Comisión Europea» (SJS de 19 de noviembre de 2013, rec. 426/2013, o STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo de 2015, rec. 60/2015).

Igualmente, las que mezclan las anteriores –Comité de Expertos Independientes– con la contemporánea, vigente desde 1998. Es el caso de las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 22 de abril de 2015 (rec. 164/2015) o Galicia de 30 de enero de 2017 (rec. 4532/2016). El supuesto más reciente es la STS de 7 de octubre de 2020 (rec. 67/2019)¹³. En la fundamentación jurídica, en dos ocasiones menciona al CEDS y «también» paralelamente al Comité de Expertos Independientes. En una de ellas para manifestar que emiten recomendaciones al ser «los encargados de elaborar los informes sobre el cumplimiento de la Carta» (FJ 6.º) y en la otra con el fin de indicar el parecer del «Comité de Expertos sobre la Carta Social Europea del Consejo de Europa y del Comité Europeo de Derechos Sociales según los cuales el SMI debe estar en el 50 o 60 % salario medio neto» (FJ 5.º). La utilización de la conjunción copulativa «y» en lugar de la disyuntiva «o» prueba, a mi juicio, que los está tratando como dos órganos existentes al mismo tiempo.

También están afirmaciones que tienen su origen probablemente en acudir a fuentes de información desfasadas. Así, la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo de 2015 (rec. 60/2015) indica, para restar consideración al órgano, que los miembros del Comité no son llamados a pronunciar «una declaración solemne en la que se comprometan a actuar con absoluta independencia» en la toma de posesión. La referencia se transcribe de una fuente del año 2007 (Belorgey, 2007, p. 353) que, lógicamente, no recoge la redacción que se dio posteriormente al artículo 4 del Reglamento del CEDS en la que se incorporó precisamente la obligación de todo miembro, en la primera reunión a la que asista una vez designado, de declarar solemnemente que ejercerá sus funciones conforme a las exigencias de independencia, imparcialidad y de disponibilidad inherente a este mandato y de respetar el secreto de las deliberaciones.

Esta situación ya debería estar superada. En la actualidad es inexcusable. Así se prueba con dos contundentes referencias. Por un lado, el ya apuntado protagonismo de su implementación en las instancias judiciales inferiores desde el año 2013, que, en lugar de ser supuestos aislados, se han incrementado.

¹² Vid. *infra* epígrafe 3.1.2.

¹³ Igualmente, en las SSTS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de octubre de 2020 (recs. 64/2019 y 66/2019).

Por otro lado, la adopción de los acuerdos por el Consejo de Ministros de 10 de noviembre y 22 de diciembre de 2020, por los que se iniciaron los trámites de la ratificación de la versión revisada de la CSE y del PRC. Estando la primera firmada desde el 23 de octubre de 2000, se encuentra muy avanzada, pues ha sido ya autorizada por el Pleno del Senado celebrado el 24 de febrero de 2021. En cuanto al segundo, el 4 de febrero de 2021 se firmó en Estrasburgo, quedando aún las diligencias correspondientes a las Cortes Generales.

En consecuencia, cualquier vestigio de ignorancia responde a un inaceptable déficit de conocimiento de las fuentes que conforman el ordenamiento jurídico español. Consciente de esta contundencia, la argumento en que, lejos de enmendarse, se perpetúa, respondiendo a una apatía al tratado y la institución de tutela.

A estas evidencias añadiré algunas más, que se localizan en las resoluciones del CEDS y la materia que examinan. Las páginas siguientes lo pondrán de manifiesto con las más recientes y algunas próximas a publicarse. Entre las primeras destacan unas que son el prototipo más constatable y argumentado de la significación apuntada. Me estoy refiriendo a las quince decisiones de fondo que se publicaron simultáneamente el 29 de junio de 2020. Estas eran esperadas desde que se tuvo conocimiento de su presentación por su carácter innovador y clave en cuatro factores.

En primer lugar, dieron respuesta a las reclamaciones colectivas que se interpusieron contra cada uno de los Estados que han ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas. Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, República Checa y Suecia fueron demandados por una misma entidad, University Women of Europe/Groupe Européen des femmes diplômées des universités (UWE/GEFDU).

En segundo lugar, la misma originalidad se tiene que predicar en cuanto al fondo del asunto sometido: la desigualdad retributiva y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Se examinó desde el ángulo de los derechos humanos.

En tercer lugar, por el resultado de los pronunciamientos, en los que se condenó a todos los países, excepto a uno, por la existencia de numerosas violaciones. Sus efectos no se limitan a ellos. Se está en presencia de derechos humanos, universales. Por tanto, se prolongan a los cuarenta y tres que se han comprometido con el tratado, por la vía de la retroalimentación con el sistema de control de informes, obligatorio para todos, como por la vía de la asunción de dicha jurisprudencia por las autoridades nacionales (ejecutivas y administrativas, legislativas y judiciales, además de los interlocutores sociales cuando implementen la Carta Social a través de convenios colectivos). Es más, la incompatibilidad de las desigualdades de género con la lucha por la salvaguarda de los derechos humanos deriva en que sean exigidos a todos los países que integran el Consejo de Europa.

En cuarto y último lugar, a resultados de los anteriores, el Comité de Ministros ha emitido, tras llevar 20 años sin hacerlo¹⁴, una declaración oficial y recomendaciones individuales a los catorce Estados que han sido condenados.

Estas dan testimonio de la efectividad de la Constitución Social de Europa para erigirse, aún más de lo que estaba siendo hasta ahora, en bastión de defensa con el que afrontarla (Jimena Quesada, 2014a). Su difusión en un momento en el que las noticias giraban sobre la crisis mundial por la pandemia de la COVID-19 provocó que hayan pasado desapercibidas. Por ello, este estudio mayormente efectuará un detallado análisis, segura de su valor para toda la ciudadanía, instituciones públicas, agentes y organizaciones sociales.

La sistemática comenzará con la determinación de unas nociones básicas del CEDS, para insistir en su emplazamiento correcto, así como un entendimiento de su actividad. A continuación, se analizará la representativa y reciente jurisprudencia del CEDS, particularizando las avanzadas anteriormente. Se finalizará con un examen de algunas que versan sobre temas de actualidad y otras próximas a su pronunciamiento o publicación. De esta forma, se ilustrará convincentemente de que se está, en coherencia con el título del artículo, ante la autoridad más importante de garantía de los derechos sociales que debe ser aprehendida por todas las personas profesionales jurídicas y defensoras de derechos humanos.

2. El CEDS: ¿qué es, cómo funciona y para qué sirve?

En virtud de la realidad anterior y del examen que se realizará en las páginas siguientes, este epígrafe tratará sobre el órgano vector de este estudio. Considero que es importante delimitarlo e insistir en unos conceptos básicos. Presenta algunas singularidades que lo distinguen del resto. Hay también una tendencia a asimilarlo con otros contemporáneos que provocan frecuentes tergiversaciones. Además de la desconfianza y prejuicios que genera, incluso dentro del Consejo de Europa, que prioriza al TEDH (Belorgey, 2016, p. 7). Con ello, la universalidad que tanto difunde de todos los derechos, incluidos los sociales, es apariencia.

Comenzando por su denominación actual, adoptada desde 1998, que es textualmente la de Comité Europeo de Derechos Sociales. Con anterioridad fue la de Comité de Expertos Independientes. Junto a estas dos apelaciones oficiales –recalco la vigencia– perviven las desacertadas que provocan, consciente o inconscientemente, los Estados, entidades o instancias de todos los ámbitos. Entre otras, «los Expertos Independientes» o, incluso, simplemente «los Expertos» (Brillat, 2017, pp. 41-43). Lamentablemente, en lugar de corregirse,

¹⁴ Vid. *infra* epígrafe 3.1.4.3.

se perpetúan y transcriben, por no acudir a la fuente originaria de la información. No es una cuestión trivial, pues provocan situaciones como la de referirse a dos órganos a la vez, como se ha señalado anteriormente.

Ha habido intentos, en el marco de reformas dirigidas a fortalecer los derechos del tratado y su garantía, de crear un «Tribunal Social Europeo» o la constitución de una «sección social» dentro del TEDH. Se han abandonado, pues hay gran rechazo. La razón ya en su momento, directa y magistralmente, la expuso el profesor Vida Soria (1992, p. XXIX):

[...] se estaba tropezando desde el principio con el eterno problema de la posibilidad de «judicializar» los derechos sociales y económicos, problema este que todavía sigue sin resolver y sobre el que en estos tiempos se vuelve una y otra vez.

Para explicarlo se ha de acudir al Reglamento de funcionamiento CEDS, de 29 de marzo de 2004 (RCEDS)¹⁵. Ha sido objeto de diez revisiones, la última el 10 de septiembre de 2019. Es un documento básico, puesto que, además de regir al organismo, incluye cuestiones procedimentales del sistema de informes y, principalmente, del procedimiento de reclamaciones colectivas.

En cuanto a su composición consta de quince miembros de máxima integridad y aptitud reconocida en cuestiones sociales internacionales. Tienen garantizada la protección del *Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe*, de 2 de septiembre de 1949. Por tanto, durante su mandato y en los viajes que realicen con destino u origen de una reunión disfrutan de las siguientes prerrogativas:

- Inmunidad de arresto o detención y de incautación de su equipaje personal. Incluye paralelamente la jurisdiccional respecto a los actos oficiales, escritos y manifestaciones en actos públicos.
- Inviolabilidad de documentos y de cualquier escrito.
- Derecho a utilizar códigos y a recibir documentos o correspondencia por mensajería o envíos precintados.
- Exención, también para sus cónyuges con respecto a todas las medidas restrictivas relativas a la inmigración, de todos los trámites de registro en departamentos de extranjería, en los países que visiten o por los que pasen en el ejercicio de sus funciones.

¹⁵ Puede consultarse en los dos idiomas oficiales en <https://rm.coe.int/rules-of-the-european-committee-of-social-rights-rev-2-bil/1680788a3d>.

Se ha de reparar en el escaso número de miembros para afrontar la inmensa tarea que hacen. No solo la monitorización por dos sistemas –aplicables a cuarenta y tres países y dieciséis, respectivamente–, sino también toda la actividad con otras organizaciones internacionales, con los Estados para que ratifiquen más preceptos, la CSE o los protocolos, la reforma de los instrumentos para mejorar su funcionamiento y un largo etcétera en el que se ha de advertir que no tienen dedicación exclusiva ni remuneración¹⁶.

Son elegidos/as por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un mandato de 6 años, renovable una sola vez, de una lista que facilitan los Estados. En el Protocolo de enmienda de 21 de octubre de 1991 se acordó que esta atribución pasara a la Asamblea Parlamentaria, como sucede con los jueces y juezas del TEDH, para reforzar su independencia. Desafortunadamente no ha entrado en vigor en ese cometido, puesto que se requiere que todas las partes contratantes lo acepten, faltando cuatro Estados (Alemania, Dinamarca, Luxemburgo y Reino Unido, los dos últimos al menos lo han firmado).

El reto no se ha abandonado, pues se continúa demandando desde el propio organismo y otras instituciones del Consejo de Europa. Así lo revelan las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria 1958 (2011), de 28 de enero, sobre *Le suivi des engagements concernant les droits sociaux*, y 2112 (2017), de 30 de junio, sobre *Le «Processus de Turin»: renforcer les droits sociaux en Europe*¹⁷, así como la Declaración del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible (subcomisión de la CSE), en el marco de ese evento¹⁸. También desde la Confederación Europea de Sindicatos, que, en la reunión celebrada los días 22 y 23 de marzo de 2021, con ocasión del 60 y 25 aniversario de los textos de la CSE, aprobó una resolución con el título «Incrementar la efectividad de los derechos laborales mediante el fortalecimiento de la Carta Social Europea»¹⁹.

¹⁶ Una descripción en los informes anuales que pueden consultarse en este enlace <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/activity-reports>.

¹⁷ Complementadas con las correspondientes Resoluciones 1792 (2011) y 2180 (2017).

¹⁸ AS/Soc/ESC (2014) 03rev, 17 de octubre de 2014.

¹⁹ <https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2021-03/FR%20-%20Adopted%20ETUC%20Resolution%20on%20the%2025-60%20anniversary%20CoE%20European%20Social%20Charter.pdf>. Se puede afirmar que se está ante la muestra más concluyente y comprometida con el tratado. Posiciona la CSE como vector de los derechos de las personas trabajadoras. Por este motivo, exhorta a Estados, organizaciones internacionales y órganos del Consejo de Europa a hacerlo igualmente con una serie de interesantes y valientes peticiones en puntos que son clave. Su atención en el pacto no es pionera ni se limita únicamente a este tipo de manifestaciones. En la *Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne (Turin 1)*, celebrada los días 17 y 18 de octubre de 2014, su secretaria general adjunta puso de relieve la utilidad de la CSE y la implicación de la organización en su aplicación. Igualmente se deben mencionar las dos ocasiones en que ha participado en el procedimiento de reclamaciones colectivas –Confédération européenne des Syndicats (CES), Confédération des syndicats indépendants de Bulgarie (CITUB) y Confédération syndicale «Podkrepa» contra Bulgaria, reclamación colectiva núm. 32/2005, y Confédération européenne des Syndicats (CES), Centrale Générale des Syndicats Libéraux de

Las respuestas del actual titular de la competencia se limitan a soslayarlo, informar de que no es el momento adecuado para que él adopte una decisión en ese sentido o de que no existe consenso (Documentos 12806, de 12 de diciembre de 2011, 12886, de 20 de marzo de 2012, o 14457, de 18 de diciembre de 2017).

En el ejercicio de sus funciones, se comprometen a desempeñarlas con imparcialidad, disponibilidad y secreto de las deliberaciones. Se emite una declaración solemne en la primera reunión a la que se asiste, previa al inicio de su actividad. En ningún caso pueden desarrollarla si les surgen otras incompatibles. Un incumplimiento conlleva la rendición de cuentas frente al órgano.

Se organiza alrededor de una presidencia, uno o varios vicepresidentes/as y un/una ponente general. En estos momentos, hay dos vicepresidentas. Este cargo es elegido por y entre los/las miembros, por mayoría absoluta. Estos conforman el *Bureau* en el seno del organismo. Su rol es el de garantizar la coherencia de las conclusiones y decisiones sobre el fondo de los diferentes preceptos y jurisprudencia ya emitida.

Se reúne normalmente siete veces al año, en forma de sesiones. Las votaciones se resuelven por mayoría. La presidencia tiene atribuido un voto de calidad únicamente en las decisiones sobre las reclamaciones colectivas. Se admiten votos particulares contrarios a la decisión mayoritaria.

El órgano que tiene la facultad de resolver, es decir, de determinar la existencia de violación o no, es únicamente el CEDS. Sin lugar a dudas tiene carácter jurisdiccional, entendido el término «*juris dictio*» de interpretación auténtica del derecho que supervisa, explicarlo e imponerlo (Sâmboan, 2013, p. 229). En las versiones oficiales del RCEDS se remarca con los términos «*statue en droit/rules on the conformity*». Por tanto, el pronunciamiento se denomina «jurisprudencia», término utilizado desde hace años por el propio organismo, habiendo adquirido plena significación (Brillat, 2009, p. 41; Jimena Quesada, 2007, pp. 58 y ss.). Cuando condena, hay que perseverar, puesto que se utiliza como arma para reprochar y justificar insumisión que en su título no aparezca el término «tribunal».

La atribución de resolver es advertida asiduamente. En todos los ámbitos, internos y externos. En cuanto al primero, el artículo 20 del RCEDS remarca que, en caso de intervenir subcomités, como así sucede en el sistema de informes, solo preparan o elaboran proyectos de conclusiones y no deciden ni modifican jurisprudencia (Brillat, 2017, p. 48).

Belgique (CGSLB), Confédération des Syndicats chrétiens de Belgique (CSC) y la Fédération Générale du Travail de Belgique (FGTB) contra Bélgica, reclamación colectiva núm. 59/2009-. Sobre este documento, léase Salcedo Beltrán (2021c).

Por lo que atañe al segundo, participa el Comité de Ministros, pues se le remite el pronunciamiento que adopte. En reiteradas ocasiones, el CEDS se ve forzado a recordar que le corresponde únicamente a él:

[...] la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta [...]; el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica [...], sino solamente la de emitir o no una recomendación al respecto dirigida al Estado afectado (Confédération Française de l'Encadrement «CFE CGC» contra Francia, reclamación núm. 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004).

Es decir, es «trámite de ejecución», ajeno a enjuiciamientos de legalidad (Cullen, 2009, pp. 69-71). Presenta la equivalencia con el aplicado a las sentencias del TEDH que, según lo dispuesto en el artículo 46 del CEDH, al regular su fuerza obligatoria y ejecución, dispone que se transmitirán «al Comité de Ministros, que velará por su ejecución» (Jimena Quesada, 2014c, pp. 252 y ss.).

Limitándose a su encargo, no debe ser enjuiciado negativamente. En ocasiones, progresos realizados por los Estados en observancia de decisiones sobre el fondo condenatorias han sido acogidos por su mediación. Ello sin obviar que el seguimiento de la decisión corresponde al CEDS; desde el año 2014, la modificación del sistema de informes ha hecho emerger una especie de «competencia de la competencia» para que también sea el CEDS el que realice el seguimiento de las conclusiones (Jimena Quesada, 2019b, pp. 134-135). No obstante, la realidad prueba una marcada influencia política.

En España se ha remarcado en alguna ocasión, pudiendo citar la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de mayo de 2012 (rec. 3340/2011). Esta puntualiza esa labor de «seguimiento» y no de decisión al explicar que:

[...] un aspecto fundamental de la decisión adoptada por la instancia máxima de protección de la Carta Social Europea radica en su seguimiento por el Estado condenado: efectivamente, desde la perspectiva de la ejecución de la decisión sobre el fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales, resulta interesante la lectura de la Resolución CM/ResChS (2009)7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas (Salcedo Beltrán, 2021d, pp. 74-76).

Tras la recepción, el Comité de Ministros emite una resolución o una recomendación. La diferencia entre ambas reside en que, con la primera, se toma nota de la decisión y de las medidas anunciadas por el Gobierno demandado, sin que se inste a este a adoptar medidas concretas. Con la segunda, la posición es más activa al integrar ese último

requerimiento. Hasta el año 2021 solo había una de las segundas²⁰, la Recomendación número R ChS (2001) 1, Syndicat national des professions du tourisme contra Francia, reclamación número 6/1999, pero afortunadamente acaba de emitir catorce respecto de las reclamaciones colectivas que se analizarán en el epígrafe siguiente²¹.

Por consiguiente, claramente se perciben los diferentes roles y su condición de soberano. Esta se desarrolla respecto de dos procedimientos de los que señalaré las notas principales²². Ambos se retroalimentan, además de articularse conjuntamente desde el año 2014 (Jimena Quesada, 2014b).

El sistema de informes es obligatorio para todos los Estados, al ser indisociable de los preceptos que se ratifiquen. Está regulado en los artículos 21 a 29 de la CSE (art. C CSEr), exhortando a las partes contratantes a remitir un informe en el que explicarán cómo están implementando la normativa total o parcialmente ratificada al adoptar normativa o praxis. Este debe seguir los requerimientos que fija el formulario acordado por el Comité de Ministros el 26 de marzo de 2008²³ que los clasifica en generales, incluidos en la introducción a todos los Estados, y específicos (Vandamme, 2021, pp. 722-723), de cada precepto. Lamentablemente no se presta toda la atención en su preparación. Se reincide en la ausencia de información, por más que el CEDS la solicita²⁴. España es un ejemplo en las Conclusiones que se emitieron en 2019 en las que la mayoría de no conformidades se debieron a este punto, además de equivalentes desacatos (Salcedo Beltrán, 2020c, pp. 910-913).

La tarea se fija con una periodicidad anual, a excepción, y ahí se encuentra la intersección apuntada, de los dieciséis países que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas, que, tras la modificación efectuada, se acordó que la efectuasen cada 2 años y de forma simplificada. Estos se clasifican, a su vez, en el grupo A, con siete países (Francia, Grecia, Portugal, Bélgica, Bulgaria, Irlanda y Finlandia) y el grupo B, con los otros siete (Países Bajos, Suecia, Croacia, Noruega, Eslovenia, Chipre y República Checa), según el número de reclamaciones presentadas, de más elevadas a menos²⁵. El que está exento de presentarlo debe, a cambio, rendir cuentas sobre el seguimiento que ha dado a las decisiones sobre el fondo en las que el CEDS ha constatado la existencia de violaciones

²⁰ Sobre esta excepcionalidad, unido al detalle en la redacción, *vid.* Churchill y Khaliq (2004, p. 439).

²¹ *Vid. infra* epígrafe 3.1.4.3.

²² Sobre ellos, con más detalle, *vid.* Salcedo Beltrán (2020b, pp. 195-271).

²³ *Vid.* para la CSE <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804922f7> y para la CSEr <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804922f9>.

²⁴ Muy ilustrativo el análisis de España en este sentido (Arufe Varela, 2018, p. 264).

²⁵ Falta adscribir a España tras la reciente ratificación. Previsiblemente será en el grupo B.

(*Constats/Findings*)²⁶. Esta es la gratificación apuntada anteriormente a los Estados que se han dotado de un control adicional.

Es oportuno insistir en la denominación, sistema de «informes». Se infiere precisamente por el documento que presentan los Estados, que así es exactamente. En ocasiones, se señala erróneamente que el CEDS es el que, como resultado de la monitorización efectuada, emite un informe y, con ello, asimilarlo a una recomendación o dictamen. El pronunciamiento se denomina «conclusiones», de conformidad, no conformidad o diferidas, de carácter preceptivo como interpretación auténtica del texto normativo por el único organismo habilitado para ello.

El contenido del examen periódico no versa sobre la totalidad del articulado, sino sobre el grupo temático adscrito a ese año. Se han organizado en cuatro (Salcedo Beltrán, 2021d, pp. 78-80). Este reparto conduce a que cada uno de los grupos es revisado cada 4 años, plazo muy largo que puede impedir una reacción a tiempo frente a determinadas situaciones.

Durante la tramitación, las organizaciones nacionales que estén afiliadas a las organizaciones internacionales de personas empleadoras y trabajadoras, así como las no gubernamentales, pueden presentar observaciones (art. 23.1 CSE). Son fundamentales pues permiten al CEDS encuadrar la situación en toda su dimensión, puesto que los medios personales y materiales de este son muy limitados²⁷. Por coherencia, las entidades legitimadas para presentar reclamaciones colectivas deberían intervenir activamente en este trámite, evidenciando su compromiso con el tratado y los derechos que garantiza en todas las dimensiones que se le brindan.

La documentación pasa a ser examinada durante el año siguiente, y en ella se puede valer de estudios, material o información de otras organizaciones internacionales (OIT, ONU, etc.). Ahora bien, la (in)existencia de (in)cumplimiento, de resolución de condena o absolución no obsta a que, a juicio del CEDS, respecto a la misma situación, pueda pronunciarse en sentido contrario, puesto que se trata de un marco regulador diferente.

La conclusión resuelve la conformidad o no del país a la normativa. En el supuesto de no poder determinarlo por falta de información, puede optarse por posponerla una sola vez, hasta el siguiente periodo en el que se vuelva a analizar el grupo de preceptos. Si no se ha atendido a la petición, la conclusión pasará a ser de no conformidad.

Las últimas se acaban de publicar el 24 de marzo de 2021, correspondientes al año 2020/XXII-1. Esta vez era el grupo 1 de preceptos. En total se han emitido trescientas cuarenta y nueve conclusiones, de las que noventa y siete son de conformidad, ciento cincuenta y dos

²⁶ *Constats 2020* (<https://rm.coe.int/constats-ceds-2020/1680a1dd3a>). De cincuenta y una decisiones sobre el fondo examinadas, en nueve las violaciones se han corregido totalmente. Un análisis de los anteriores en Salcedo Beltrán (2020b, pp. 261-264).

²⁷ Sobre su realidad y trascendencia, *vid.* Salcedo Beltrán (2020d).

de no conformidad y cien son aplazadas ante la imposibilidad de poder pronunciarse con la información suministrada. El resultado es inquietante tras observar que los incumplimientos superan muchísimo las situaciones positivas, alcanzando casi la mitad del total. Se originan en la valoración de treinta y tres países de los cuarenta y tres que han suscrito el tratado²⁸.

En cuanto al procedimiento de reclamaciones colectivas, se regula en tres documentos. A saber, el Protocolo específico de 9 de noviembre de 1995, vector de la materia, su Informe explicativo de la misma fecha y el RCEDS. Tiene carácter facultativo. Se han arbitrado dos vías, la ratificación de la norma mencionada o la manifestación de una declaración específica, al suscribir la versión revisada de la CSE, aceptando expresamente la supervisión de sus obligaciones según este procedimiento (art. D.2, parte IV). Transcurridos más de 20 años desde su vigencia, la situación actual de los Estados es de operar en dieciséis países frente a los cuarenta y tres que se han comprometido por los derechos. España ha sido el último en sumarse, tras la ratificación el 17 de mayo de 2021, junto con la versión revisada de la CSE. Desconcertante ha sido encontrarse en el BOE de 28 de junio de 2021 un documento directamente relacionado con el mismo. La reacción se origina en el desacierto de la denominación, que demanda se efectúe una aclaración, a efectos de evitar tergiversaciones. España, como se ha informado, se ha comprometido por la segunda de las vías indicadas. Ambas tienen el mismo carácter, es decir, son definitivas. No ha sido pionera, pues previamente había sido utilizada por Eslovenia (1999) y Bulgaria (2000). Inesperadamente, los responsables gubernamentales han publicado en el diario aludido el Protocolo, encabezado con la expresión «Aplicación provisional [...]». La sorpresa ha sido mayúscula, puesto que esa calificación es inexistente jurídicamente, por lo que debería corregirse inmediatamente.

Presenta unas características singulares. En primer lugar, como su denominación indica, la reclamación tiene carácter colectivo, es decir, los ciudadanos/as individualmente no pueden dirigirse al CEDS. En segundo lugar, tiene la condición de ser preventivo, pudiéndose iniciar sin necesidad de probar los efectos nocivos de la norma o práctica que se impugna. Se trata de que se dictamine su conformidad o no con la CSE y no la materialización (Brillat, 2008, pp. 75-76). En tercer y último lugar, no se precisa recurrir previamente a los procedimientos jurisdiccionales domésticos, rasgo indisponible para los Estados.

Entre los dos mecanismos de supervisión no se aplican los principios *res judicata* ni *non bis in idem*, de forma que una situación ya examinada o próxima a hacerlo por una de las vías no determina la imposibilidad de someterlo a la otra –Commission internationale de juristes (CIJ) contra Portugal, reclamación colectiva núm. 1/1998, decisión sobre la admisibilidad de 10 de marzo de 1999; Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd. contra Francia, reclamación colectiva núm. 92/2013, decisión sobre la admisibilidad de 2 de julio 2013; y Forum européen des Roms et des Gens du Voyage (FERV) contra la República Checa, reclamación colectiva núm. 104/2014, decisión sobre la admisibilidad de 30 de junio de 2014–. Igualmente, la comunicación de nuevos elementos en el marco de la

²⁸ Un análisis detallado en Salcedo Beltrán (2021a).

reclamación puede llevar al CEDS a proceder a una nueva apreciación ya examinada y, en su caso, a adoptar una decisión diferente de una conclusión ya dispuesta.

Es irrelevante pretender que la reclamación sea una alternativa al sistema de informes y no un complemento, puesto que la primera atiende al Estado en concreto y particular. Además, el segundo examina cada 4 años, pudiendo haber cambiado las circunstancias en el lapso de tiempo transcurrido entre la conclusión y la presentación de la petición.

3. La efectividad de los derechos a través de los mecanismos de garantía: *nulla est maior probatio quam evidenti*

3.1. La brecha de género a examen de la CSE: University Women of Europe sienta en el banquillo a Europa (reclamaciones colectivas núms. 124 a 138/2016)

El 24 de agosto de 2016 tuvo lugar un hecho histórico y sin precedentes en el CEDS. Ese día se registraron quince reclamaciones colectivas. El número se corresponde con el de países que pueden ser demandados por ese mecanismo de supervisión. La demandante era una organización internacional no gubernamental creada el 28 de noviembre de 1982, University Women of Europe/Groupe européen des femmes diplômées des universités.

La significación apuntada se confirmaba tras conocer el fondo del litigio, coincidente en todas: la discriminación salarial entre hombres y mujeres, así como la menor representación de estas en los puestos de decisión en las empresas privadas. Por primera vez, el CEDS iba a analizar la situación de Europa en una materia esencial y determinar si en el siglo XXI existe desigualdad. De la misma forma, se iba a probar la respuesta de un tratado de derechos humanos, el más importante de derechos sociales. En suma, el examen desde el punto de vista de la Constitución Social de Europa. Con frecuencia el CEDS recuerda que la CSE se ha elaborado para completar el CEDH. En otras palabras, equivalente naturaleza jurídica. Por ello, su interpretación se efectúa según las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 y, con ello, atender prioritariamente a su objeto (Defence for Children International contra los Países Bajos, reclamación colectiva núm. 47/2008, decisión sobre el fondo de 20 de octubre de 2009).

El procedimiento fue más extenso de lo habitual. Transcurridos más de 3 años, se publicaron las resoluciones el 29 de junio de 2020, en un momento en el que la pandemia de la COVID-19 centraba el interés. Esta circunstancia hizo que no tuvieran la atención que les corresponde. Su impacto va más allá de los Estados directamente implicados, puesto que la resolución es trasladable a todos los que tienen suscritos los preceptos objeto de examen y, con ello, la interpretación vinculante efectuada.

3.1.1. Delimitación del marco regulador

Para superar la fase de la admisibilidad, el artículo 4 del PRC exige que la reclamación refiera la disposición de la CSE aceptada por la parte contratante demandada y que especifique en qué medida no ha garantizado una aplicación satisfactoria. Se trata de motivar jurídicamente la petición, en el sentido de explicar en qué no se está respetando el tratado, es decir, la normativa o práctica que los confronta –*Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP)* contra Grecia, reclamación colectiva núm. 3/1999, decisión sobre la admisibilidad de 13 de octubre de 1999–.

En ese sentido, se alegaron, frente a los países que tienen la versión revisada, los artículos 1, 4.3, 20 y E, por su incumplimiento teórico y/o práctico. En cuanto a los que todavía tienen pendiente ese trámite –Croacia y la República Checa–, la fundamentación jurídica de los dos primeros coincide, diferenciándose en el siguiente, que pasa a ser el artículo 1 del Protocolo adicional de 5 de mayo de 1988. En ambos supuestos, previamente, se transcribe el preámbulo, en el que se conviene que «el goce de los derechos sociales debe quedar garantizado sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social».

Esta directriz general debe estar presente en todo el texto normativo y, lógicamente, en las disposiciones específicas que se alegan. La delimitación normativa se reducirá a dos preceptos. No se incluirá la del artículo 1 de la CSE/CSEr, que garantiza el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, ni la del artículo E de la CSEr. El CEDS, cuando emitió las decisiones de fondo, consideró que el asunto controvertido se encuadraba mejor y suficientemente en los artículos 4.3 y 20 de la CSEr y artículo 1 del Protocolo de 1988. Igualmente descartó el artículo E, relativo a la no discriminación, porque los indicados incluyen esa prohibición.

Esta se va a llevar a cabo siguiendo los siguientes parámetros complementarios:

- Los anexos de los tres textos normativos indicados, como parte integrante de ellos (art. 38 CSE/art. N CSEr).
- Los informes explicativos del Protocolo de 1988 y de la CSEr.
- Las observaciones interpretativas de los artículos objeto de análisis.
- La jurisprudencia del CEDS adoptada sobre ellos en virtud del sistema de informes o del procedimiento de reclamaciones colectivas.

3.1.1.1. El derecho de las personas trabajadoras de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor

El primer precepto que fundamenta la reclamación es el apartado 3 del artículo 4 de la CSE/CSEr, que en sus dos versiones tiene el mismo tenor literal. En el marco general,

reconoce el derecho a una remuneración equitativa. El CEDS lo pone de relieve habitualmente, puesto que una retribución insuficiente aboca a las personas trabajadoras a la pobreza, les obstaculiza participar plenamente en la vida social y es muestra de exclusión social. Esto lo relaciona directamente con la dignidad de las personas. En suma, con los derechos humanos.

El párrafo garantiza a las personas trabajadoras de ambos sexos una remuneración igual por un trabajo de igual valor. Su conexión con el que se analizará posteriormente es clara. Los artículos 20 de la CSEr y 1 del Protocolo de 1988 la preservan en cuanto a cualquier aspecto del ámbito profesional. La retribución es uno de sus elementos. Por consiguiente, la jurisprudencia de este se aplica *mutatis mutandis* siempre que se ocupe de esa materia.

No está ratificado por cuatro de los cuarenta y tres países que han suscrito alguna de las versiones de la CSE (Chipre, Croacia, Grecia y Reino Unido). De estos, tres están entre los demandados. El CEDS, en la medida en que sí tienen la otra disposición que será objeto de análisis, analizó el supuesto desde ese parámetro. La interpretación transversal y coherente con los fines del tratado legitima la conexión entre los artículos, en el sentido de que no son compartimentos estancos²⁹.

No se recoge ninguna precisión en los anexos ni en los informes explicativos, por lo que se atiende a las seis observaciones interpretativas que ha decidido y la jurisprudencia que lo ha implementado.

En la primera de ellas, pronunciada junto a las Conclusiones I, se informó a los Estados de que debían reconocer el principio de igualdad de remuneración para un trabajo de igual valor. Se ha de destacar, pues tengamos presente que se publicó el 31 de mayo de 1965, mostrando desde sus inicios un posicionamiento firme frente al problema. Consciente de este, agregó unas precisiones para poder acometer su trabajo correctamente. Para ello, exhorta a los Estados a que establezcan criterios de evaluación objetivos que, si bien se deja a su elección las vías legislativas, reglamentarias o convenios colectivos, deben ser adecuados (comisiones de estudios, encuestas...). Advierte que no deben limitarse al ámbito teórico, sino que deben esforzarse en el plano de la práctica.

²⁹ Por ejemplo, así lo ha efectuado del artículo 31 de la CSEr junto con el artículo 16 de la CSE/CSEr, pues-
to que determinados Estados no ratifican el primero para no verse obligados por el mismo. El CEDS en
Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH) contra Irlanda, reclamación colectiva
número 110/2014, decisión sobre el fondo de 12 de mayo de 2017, consideró que, dentro del segundo,
se inserta también la obligación de proporcionar viviendas suficientes. También, entre otras, Centre
européen des Droits des Roms (ERRC) contra Bulgaria, reclamación colectiva número 31/2005, decisión
sobre el fondo de 18 de octubre de 2006, y Fédération européenne des Associations nationales travail-
lant avec les Sans-abri (FEANTSA) contra los Países Bajos, reclamación colectiva número 86/2012,
decisión sobre el fondo de 2 de julio de 2014.

Especialmente interesado en esta disposición, volvió a incluir otra observación interpretativa en las Conclusiones II, publicadas el 31 de julio de 1971. Su finalidad era dilucidar que el compromiso a este precepto no se observa transcribiendo simplemente el derecho en los convenios colectivos. Se exhorta al Estado a intervenir en los instrumentos de fijación de los salarios. Además, para esclarecer otro punto sobre la conexión con el Convenio número 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración, detalla que la CSE va más allá. Se constata con una sencilla comparación de los textos. Esta obliga a reconocer un «derecho», mientras que el segundo únicamente a «promover» la aplicación de un principio, supeditado a que sea compatible con los métodos habituales para la determinación de los niveles de remuneración. Nuevamente, reincidió en la consagración de «hecho y de derecho» de la norma de igualdad de salario por trabajo igual, así como la equiparación entre trabajos comparables.

En línea con las precedentes, la tercera observación interpretativa se convino con las Conclusiones III, de 31 de julio de 1973. Confirmando la jurisprudencia anterior, el CEDS comunicó dos criterios específicos que utilizaría para determinar si este derecho se respeta. Más que novedosos lo que pretenden es evitar tergiversaciones y disipar dudas. El primero atiende a la comprobación de la traslación práctica de cada norma. El segundo, a la adecuación al fin de los instrumentos que se acuerden. Se trata de poder examinar la realidad del compromiso y la fijación de criterios objetivos del trabajo de «igual valor».

La cuarta observación interpretativa se acompañó a las Conclusiones V, de 31 de diciembre de 1977. Prácticamente es una refundición de las previas. Frente a algunas situaciones apreciadas en las que los países argumentan tras una no conformidad, que es imputable a la pasividad de los agentes sociales, el CEDS les informa de que esa alegación no es admisible, puesto que la obligación del tratado se dirige a ellos. Por tanto, si aquellos no adoptan una actitud proactiva, deben intervenir por medios legislativos o los que estimen pertinentes para plasmar el compromiso adquirido.

La siguiente observación interpretativa, en el marco de las Conclusiones VII, de 31 de enero de 1984, se origina por las dificultades verificadas en la aplicación real del principio legal. Considerando el CEDS que una mayor exactitud ayudará a superarlas, lo puntualiza en cuatro elementos:

- Adoptar legislación expresamente que recoja el principio que garantiza el precepto –Conclusiones XV-2 (2001), República de Eslovaquia, y Conclusiones XX-3 (2014), Georgia–.
- Declarar nulas las cláusulas de los convenios colectivos o de los contratos individuales contrarias al mismo.
- Disponer de recursos que respalden el derecho.
- Proteger eficazmente a las personas trabajadoras de posibles represalias como consecuencia de la exigencia del derecho, principalmente contra un despido.

Para terminar, 13 años después se adoptó la última, en las Conclusiones XIII-5, de 30 de septiembre de 1997. Es la más extensa, puesto que se emite complementariamente respecto de dos preceptos más, los artículos 1.2 de la CSE/CSEr y el 1 del Protocolo de 1988. Considera que una parte de su objeto es común. Al estructurarla en tres apartados me limitaré al correspondiente a este epígrafe.

En virtud de los últimos exámenes, informa a los Estados que la igualdad en lo que se refiere a la remuneración debe contener todos los conceptos y no solo del salario base. También las partidas en especie o cualquier ventaja que directa o indirectamente se reciba por el trabajo efectuado. Obviamente, la modalidad de contrato, indefinida o temporal, no es pretexto válido de un trato diferenciado –Conclusiones XVI-2 (2003), Portugal–.

Accesoriamente, ante una posible extinción contractual, compele a determinar textualmente su prohibición y a que, en caso de producirse, se obligue a la reincorporación en las mismas funciones o análogas (Conclusiones XIX-3, Islandia). Excepcionalmente, cuando no sea posible o la persona trabajadora no desee esa reparación, deberá preverse una indemnización que sea lo suficientemente elevada para disuadir a las empresas de actuaciones en este sentido –Conclusiones XIII-2 (1994), Malta, y Conclusiones XIX-3 (2010), Alemania–.

El CEDS manifiesta su preocupación sobre los parámetros de comparación, puesto que es una vía con la que es fácil encubrir discriminaciones de este tipo. Por ello, admite que se puedan realizar comparaciones en el seno de la empresa o grupo de empresas y también fuera de ellas. Por ejemplo, entre las que se aplique un mismo convenio colectivo o reglamentación profesional –Conclusiones XVI-2 (2003), Portugal–. Es más, requiere a los Estados información sobre, por una parte, la brecha salarial no ajustada, que mide la diferencia porcentual bruta entre el salario de hombres y de mujeres, sin tener en cuenta sus características socioeconómicas (nivel educativo, años de experiencia...) o del puesto de trabajo (sector de actividad...). Y, por otra parte, la brecha salarial ajustada, que contempla las diferencias socioeconómicas existentes con factores como la edad, nivel educativo y/o cualificación, procedencia, situación y características ligadas al puesto de trabajo (sector, tipo de contrato, tipo de jornada, categoría ocupacional, etc.).

Esto implica que los Estados acuerden medidas positivas que reduzca esa situación, sugiriendo, entre otras:

- Elaborar estadísticas sobre los salarios completas y de calidad.
- Reforzar en los planes nacionales de empleo esta materia –Conclusiones XVII-2 (2005), República Checa–.

Por último, añade varias indicaciones que, en síntesis, se centran en la necesidad de instaurar criterios en relación con la carga de la prueba por las dificultades para quien demanda, invirtiendo la misma, la fijación de los salarios, la evaluación objetiva de los empleos, así como el incremento de los salarios en sectores caracterizados por tenerlos bajos al emplear tradicionalmente a mujeres.

3.1.1.2. El derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón del sexo

Siguiendo un orden cronológico, el artículo 1 del Protocolo adicional de la CSE y el artículo 20 de la CSEr determinan, con el mismo encabezado, el derecho a la igualdad de oportunidades en materia de empleo y de profesión sin discriminación originada en el género. Si se comparan, el contenido formalmente no es el mismo. El primero estaba estructurado en cuatro apartados. El segundo oportunamente consideró solo mantener uno de ellos y pasar los otros tres al anexo. El motivo, homogeneizarlo con el resto de preceptos. Esto no afecta a las obligaciones jurídicas que determinan. La completa correspondencia entre ambos preceptos es expresamente referenciada, con un reenvío, en el apartado 81 del informe explicativo de la segunda.

Están ratificados por todos los Estados excepto cuatro: Islandia, Luxemburgo, Polonia y Reino Unido³⁰.

Su ámbito es más extenso que el analizado en el apartado anterior en la medida en que no se limita a la retribución, sino que también incluye todas las cuestiones que se puedan derivar en el marco de una relación laboral. Efectuada esta precisión, la explicación seguirá la configuración originaria de cuatro párrafos.

El primero de ellos compromete a las partes a «reconocer» el derecho y a «adoptar medidas apropiadas» para asegurar su aplicación en los específicos puntos que se enumeran a continuación:

- El acceso al empleo, la protección contra el despido y la reinserción profesional.
- La orientación, formación y readaptación profesional, así como el reciclaje.
- Las condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración.
- El desarrollo profesional, comprendida la promoción.

El apartado segundo incorpora en el propio texto la compatibilidad de este precepto con acciones positivas para la mujer, en particular las relativas al embarazo, al parto y al periodo posnatal. Equivalente sentido se dispone en el tercero, en este caso respecto de las equivalentes para afrontar las desigualdades de hecho.

³⁰ Esta enumeración ha sido recientemente modificada, pues Alemania también estaba incluida. Afortunadamente, el 29 de marzo de 2021 ha ratificado la CSEr y, aunque lo ha hecho parcialmente, el artículo 20 está entre los suscritos. Ha excluido los artículos 4.4, 7.1, 10.5, 21, 22, 24, 30 y 31.

Finaliza la disposición con la admisión de exclusiones de su aplicación, total o parcialmente, de actividades profesionales que, por su naturaleza o las condiciones de su ejercicio, no puedan encomendarse más que a personas de un sexo determinado.

Con la misma sistematización del apartado anterior se comienza por los anexos. Teniendo en cuenta la puntualización apuntada sobre la traslación de contenido de texto, prácticamente se limitan a precisar dos aspectos. Por una parte, la posibilidad de que determinadas materias relativas a las prestaciones de desempleo, jubilación o muerte y supervivencia se reserven a un determinado sexo. Y, por otra parte, en lo que atañe a la conformidad con la CSE de limitaciones de empleo a un género, aclara que no obliga a las partes a que aprueben una lista *ad hoc*, por la vía legislativa o reglamentaria.

Por lo que corresponde a los informes explicativos tienen idéntico contenido en virtud del reenvío indicado. Este organiza la exposición con una clasificación semejante a la del artículo, es decir, cuatro apartados.

Del primero detalla, a su vez, cuatro elementos. Empieza por señalar que los términos «garantizar» y «promover» la aplicación y materialización del derecho a la igualdad de trato pueden recaer en los poderes públicos a través de la aprobación de leyes, reglamentos o cualquier otra acción, los agentes sociales, respecto de los convenios colectivos, o los particulares, en cuanto a los acuerdos o contratos bilaterales que firmen.

A continuación, sobre los ámbitos definidos se ha tenido en cuenta la evolución producida después de la adopción de la CSE en el año 1961. Lo ejemplifica con la expresión «reinserción profesional». La noción no está en el texto. No obstante, envuelve situaciones muy diversas. Entre otras, la reanudación de un trabajo después de una interrupción voluntaria o involuntaria o el inicio de uno nuevo tras un reciclaje, con independencia si, en periodos intermedios, ha habido inactividad. Igualmente, comprende cualquier formación complementaria que se imparta a las personas trabajadoras para adaptar sus conocimientos y competencias al progreso industrial, tecnológico y científico.

Seguidamente se centra en la exégesis de la locución «condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración». Con ella se refiere al conjunto de derechos y situaciones que pueden surgir en el desarrollo de la relación laboral. Es factible la exclusión de ciertas facetas. Finaliza dilucidando que, en cuanto a la contraprestación, de existir algún concepto que puede emplazarse en el ámbito del artículo 4.3 de la CSE/CSEr, se ubicará en los artículos 1.1 del Protocolo de 1988 y 20 de la CSEr, puesto que su campo es mucho más amplio, englobando cualquier tipo, por característico que sea.

En lo que respecta al segundo apartado, relacionado con la protección de la mujer, dos cuestiones se tratan. Subraya que el término «en particular» se enuncia de forma que, si bien se refiere a la obligación de establecer disposiciones que garanticen la protección en el embarazo, parto y periodo posterior, son admisibles otras modalidades que sean indispensables para materializarla, así como otras situaciones relacionadas.

Completa la ilustración con un comentario que se encuentra también en texto del tratado en los artículos 32 de la CSE y H de la CSEr, pero que no está de más recordarlo. Nuevamente pone de relieve la compatibilidad con otras disposiciones de derecho interno o internacionales sobre la misma materia. Su coexistencia se regirá por el principio de aplicar la más favorable. En los casos en los que sea complejo determinar la más protectora, se analizarán según la evolución del pensamiento y la sociedad.

En lo que atañe al siguiente párrafo, atiende a la necesidad de acelerar la eliminación de las desigualdades que, de hecho, subsisten y afectan generalmente a las mujeres mediante «acciones específicas». Estando admitidas, remarca que no son obligatorias y que deben ser transitorias con el fin de que progresivamente desaparezcan una vez que el objetivo de la igualdad se haya alcanzado.

Finaliza con el cuarto, que requiere a los Estados a que, si tienen reservadas determinadas profesiones o actividades a un sexo, en los informes que presenten en la supervisión periódica, lo argumenten junto con los criterios que les han llevado a ello. En todo caso, tienen que observar el fin de esta disposición, que se dirige a que esas exclusividades sean las estrictamente necesarias. Accesoriamente, insiste que deben ser excepcionales, es decir, de interpretación restrictiva, fundamentadas únicamente en la naturaleza *stricto sensu* del trabajo.

En cuanto a las observaciones interpretativas se han pronunciado cuatro. La primera junto con las Conclusiones XIII-3, el 30 de noviembre de 1995. Se informa que la aceptación del apartado primero del artículo 1 del Protocolo de 1988 conlleva mayores obligaciones que las de otros preceptos sobre similar materia. Por ello, concreta que comprende las siguientes estipulaciones:

- Incorporar a nivel legislativo el derecho que se garantiza.
- Implantar medidas jurídicas adecuadas que garanticen su efectividad. Entre otras, la nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos y contratos contrarias, la existencia de vías de recurso adecuadas en caso de violación y la protección de las personas trabajadoras frente a cualquier represalia, sanción o despido, como consecuencia de la exigibilidad.
- Definir una política activa y establecer instrumentos para su implementación real.

Nuevamente, les exhorta a que en el informe gubernamental del control periódico pongan al corriente completamente de todos los puntos que se les solicita, puesto que en supervisiones precedentes es constatable que no se presentan observando estas formalidades. Entre otros puntos, si los/las residentes legales de otros Estados parte están protegidos, así como si han excluido alguna de las materias que se permiten.

La siguiente se corresponde con la última que se examinó en el apartado anterior, la de las Conclusiones XIII-5, de 30 de septiembre de 1997. Como se expuso, concernía a

tres preceptos. Prácticamente su contenido reproduce el de las publicadas respecto del artículo 4.3 de la CSE/CSEr. Reitera las cuestiones relativas a la efectividad del derecho, implicación activa de los poderes públicos para alcanzar su objetivo, elaboración de parámetros de comparación objetivos, la nulidad de disposiciones legislativas, reglamentarias o convencionales contrarias a la igualdad –sin ser válido el argumento de su inaplicación–, la prohibición de represalias, la reintegración plena en la situación anterior en el caso de que se produzcan indemnizaciones suficientemente disuasorias que incluyan los daños morales o la inversión de la carga de la prueba. A destacar el requerimiento de información sobre los niveles de empleo, desempleo, trabajo a tiempo parcial, con contratos temporales o precarios, de ambos sexos y formación impartida a mujeres para trabajos que tradicionalmente han sido ejecutados por hombres.

La observación interpretativa siguiente, elaborada en las Conclusiones de 2002, versa sobre cuestiones de economía procedimental y posibles dudas que puedan existir. Cuando un Estado tenga suscritos los artículos 1.2 de la CSE y 20 de la CSEr, no se monitorizarán los dos, sino que, con el segundo, se integra el primero. Se trata de una *lex specialis* respecto de la general que prohíbe toda discriminación. Lo mismo respecto del artículo 4.3 y el artículo 20 de la CSEr.

La última, a la vez que las Conclusiones de 2012 (XX-1), atiende a los parámetros de comparación en materia de remuneración por un trabajo de igual valor para poder detectar la existencia de discriminación. Si bien, en principio, se realizarán dentro de la misma empresa, comunica que, en ocasiones, es posible que se acuda a indicadores externos de otras empresas del mismo o diferente grupo empresarial, *holding* o, incluso, a las que están dentro del ámbito de una misma reglamentación o convenio colectivo (Jimena Quesada, 2017, p. 13).

En cuanto a la jurisprudencia del CEDS, se ha tenido que recalcar la imperiosa ausencia de discriminación en cuanto al campo de aplicación de los regímenes de Seguridad Social, cálculo de prestaciones y su duración (Conclusiones 2002, Italia). Se trata de un ámbito en el que el «desequilibrio de género» es notorio (Molina Navarrete, 2021a, p. 162). En este se puede constatar claramente que una regla que puede parecer «neutra» desde la perspectiva de género se revela a la hora de materializarla en una medida penalizadora de circunstancias en las que las mujeres son más numerosas, como pueden ser las trayectorias laborales cortas o reformas regresivas en las que el sistema pierde progresividad, ocasionando una eventual discriminación indirecta (Molina Navarrete, 2020, pp. 19-20). También en la necesidad de aprobar normativa precisa, no siendo suficiente la inclusión del principio a nivel constitucional –Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba)–.

Para finalizar, es menester subrayar dos aspectos. Por un lado, la firmeza del CEDS al considerar que contraviene el principio de igualdad de trato la prohibición del trabajo nocturno de mujeres o del trabajo subterráneo en las minas en general. El argumento para ello es sencillo: su nocividad, de existir, es equivalente para los dos géneros (Conclusiones 2012, Bosnia y Herzegovina).

Y, por otro lado, el CEDS valora como manifestaciones de la expresión de «medidas adecuadas» las siguientes (Conclusiones XVII-2, Grecia):

- La adopción y ejecución de un plan de acción nacional a favor de la igualdad de oportunidades.
- La obligación de las empresas de instaurar planes dirigidos a lograr una mayor igualdad entre mujeres y hombres.
- El estímulo de los interlocutores sociales para abordar la igualdad en los convenios colectivos. Por ejemplo, en España, los acuerdos interconfederales de la negociación colectiva deben ser paradigma de ello.
- El refuerzo de la consideración de la cuestión de la igualdad de género en los planes nacionales de empleo.

3.1.2. La superación del «escuadrón» gubernamental en la fase de admisibilidad

El 24 de agosto de 2016 se registraron las reclamaciones colectivas contra todos los países que tienen ratificado el protocolo. Su estructura presenta particularidades si se compara con las que habitualmente se presentan. Se analiza dividiéndola en cuatro bloques.

El primero, el que fundamenta esa singularidad, efectúa un relato contextualizado de casi tres páginas de la situación de las mujeres en Europa. Este lo explica a través de la personalización con dieciocho nombres propios. A partir de ahí, describe cómo la sociedad de hoy en día las discrimina en todos los ámbitos, desde el nacimiento. Lo ejemplifica con situaciones en el círculo familiar³¹, en el mercado laboral, en los términos del lenguaje (la expresión francesa «*droits de l'homme*» pasa a ser en inglés «*men's rights*») y hasta en las instituciones que conforman el Consejo de Europa (las estatuas de la galería del hemiciclo son de género masculino). Con ello, hacen visible el imperio del patriarcado.

Posteriormente, sí que se podría decir que las reclamaciones son similares a las acostumbradas. Se centran en detallar el cumplimiento de los requisitos de la normativa (arts. 1 a 5 PRC y 22 a 24 RCEDS).

En este sentido, en el segundo, la entidad que reclama aporta los argumentos sobre su legitimidad. Los precisa en su creación el 28 de noviembre de 1981, como organización no gubernamental internacional. Adquirió el estatuto participativo en el Consejo de Europa el 18 de agosto de 1983 y figura inscrita en la lista especial elaborada a tal fin por el Comité

³¹ Aportan los datos del estudio (Guilmoto, 2015).

Gubernamental de la Carta Social Europea y del Código de Seguridad Social que la habilita para esta actuación³². Agrupa fundamentalmente a las asociaciones europeas afiliadas a la Graduate Women International (denominación desde 2015 de la International Federation of University Women, creada en 2019). Su objeto social es promover el desarrollo de la sociedad europea, trabajar para alcanzar los fines del Consejo de Europa y cooperar con todas las demás organizaciones gubernamentales y no gubernamentales europeas que se ocupan de los asuntos que afectan a toda la ciudadanía y, en particular, de las relativas a las mujeres.

Por lo que se refiere al tercero, la referencia es el artículo 4 del PRC. Determina que la reclamación «se referirá a una disposición de la Carta aceptada por la parte contratante afectada y especificará en qué medida dicha parte no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición». Se anticipa la oportunidad de tramitar el litigio por el procedimiento de reclamaciones colectivas debido a su carácter contradictorio.

El argumento general que sostiene la denuncia se resume en esta frase: la inexistencia de efectividad de las disposiciones suscritas por los países demandados. Con el fin de que se pueda constatar, se precisa vertebrando el relato en dos sentidos. Por un lado, el panorama en cuanto a cuatro puntos: la normativa existente sobre la materia, los órganos de control de la igualdad, la presencia de mujeres en órganos de decisión de las empresas privadas y la igualdad salarial por un trabajo igual o de igual valor.

Y, por otro lado, partiendo de ese marco teórico, los incumplimientos en que se incurre específicamente. Para ello, se recurre a informes y estudios generales de acreditadas entidades u organismos internacionales que son extractados para evidenciar la realidad. Con ello, se argumenta solventemente al CEDS que la igualdad es ilusoria.

Finalmente, el cuarto grupo procede a solicitar una compensación de 10.000 euros por los gastos generados en la preparación de cada una –recurso a un abogado–, con cargo al Estado que se condene.

El documento registrado es transmitido por el CEDS a la parte afectada para que presente observaciones. Estas son remitidas a la reclamante que puede presentar una réplica. De hacerlo, obviamente, se envían una vez más a la parte demandada para que, si lo considera oportuno, elabore una contrarréplica. De los quince, once agotaron estas cuatro fases. Francia e Italia solo documentaron alegaciones una vez y los otros dos que restan, Suecia y Portugal, ni siquiera se opusieron a la admisibilidad.

Examinando los argumentos para solicitar que la reclamación no se acepte, son profusos y de distinto signo. Ahora bien, hacen visible una actuación coordinada en contra.

³² Así puede constatar en <https://rm.coe.int/gc-2019-18-rev-bil-list-ingos-16-12-2019/16809947ba>. Sobre el trámite a observar para obtenerse, *vid.* Salcedo Beltrán (2020b, pp. 231-233).

Algunos fundamentaron en términos muy similares e incluso haciendo remisiones expresas (un ejemplo, Francia a la respuesta de la República Checa). Es más, lejos de ocultarse, se cuestiona al CEDS no haber tenido conocimiento, cuando le comunicó la reclamación, de que había más implicados. Carece de fundamento, puesto que la normativa no contiene esa previsión. El artículo 7 del PRC sí que recoge la transmisión de ese dato durante la instrucción. Es decir, tras haber sido admitida la reclamación –resalto el momento–, es posible que el resto de países que han aceptado el mecanismo de supervisión intervengan presentando observaciones.

No ha sido el único reproche. Otros se le dirigieron también en cuanto a la limitación del tiempo otorgado o la entrega incompleta de documentación. Sería aconsejable que el RCEDS se modificara para establecer plazos concretos. Daría seguridad jurídica y evitaría estas censuras.

Se ha de subrayar que Noruega, consciente de que el CEDS hasta el momento tiene un porcentaje de admisibilidad que supera el 90 %, le «sugiere» que debería atender a las condiciones de otros organismos internacionales, poniéndole como modelo ejemplar el TEDH. Además, le remite a la guía elaborada por este, con indicación de las páginas concretas. Cabe destacar de este país, además de esta particularidad en su respuesta, que es de los que más se han esforzado en redactar los escritos de defensa. Considero una impertinencia esa propuesta que bien podría responderse en el sentido de que el Estado atendiera igualmente el cumplimiento de las conclusiones y decisiones de fondo como de las sentencias de ese órgano o que la realizara a la inversa. Esa es una de las críticas más frecuentes al TEDH³³, además de argumentar la gran mayoría de inadmisiones con la simple expresión «manifiestamente mal fundada» (art. 32.3 a) CEDH).

La gran mayoría, valiéndose del relato inicial, señalan su imprecisión, redacción confusa, ausencia de concreción, carácter superficial, irrealidad, que se dirige contra todo el mundo (padres, maridos, hijos, organizaciones internacionales, instituciones o academias institucionales de la lengua), carencia de razonamientos explícitos, finalidad política y su asimilación a un panfleto.

En relación con los preceptos que se incumplen, se censura que son presunciones inespecíficas de la realidad. Paralelamente, la referencia errónea a preceptos no suscritos. Y, de paso, que el procedimiento a utilizar debería haber sido el sistema de informes para implicar a todos los países que tienen suscrito el tratado, presentándose como «Estados víctimas» por haberse comprometido sin estar obligados (Belorgey, 2014, p. 242).

³³ Vid. el *Rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'homme 2020* (https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2020_FRA.pdf). Este trata de afrontar ese problema. El 17 de marzo de 2021 lanzó una nueva estrategia para afrontar diferentes elementos sobre la tramitación de las demandas.

En lo que concierne a la organización no gubernamental, su incompetencia para gestionar cuestiones laborales según sus estatutos, ya que su actividad se circunscribe al ámbito educativo.

Por último, en cuanto a la petición económica, el vacío normativo sobre ese punto, además de ser una cifra excesiva, teniendo en cuenta que se pide en cada una cuando prácticamente todas son similares.

Una vez ambas partes se han pronunciado, el CEDS procede a examinar toda la documentación para resolver. Conviene recordar que, frente a las críticas sobre el elevado número de reclamaciones que superan este trámite, las fases son diferentes. Están configuradas para eludir un doble examen (Belorgey, 2014, p. 233). Es lo que pretenden los Estados a través de sus observaciones, convertir esta primera etapa en un estudio del fondo de asunto.

Para que el pronunciamiento sea una decisión sobre la admisibilidad, el organismo verifica el cumplimiento de unos requisitos. La estructura es la siguiente (art. 30 PRC):

- Una exposición de los hechos pertinentes.
- Las cuestiones que han originado la presentación de la reclamación y que afectan a la CSE.
- La motivación.

El 4 de julio de 2017, el CEDS las emitió considerando que se observaban (Salcedo Beltrán, 2020b, pp. 228-250). Me detengo en la explicación para probar la íntegra actitud del CEDS. En particular:

- Se cumple la presentación en soporte documental, firmada por la persona autorizada.
- Se ha remitido correctamente a la Secretaría ejecutiva.
- La petición está argumentada, en el sentido de explicar los aspectos que no está respetando el tratado. Es decir, se establecen los preceptos suscritos que se incumplen y la normativa o práctica que los confronta –Fédération européenne du personnel des services publics (EUROFEDOP) contra Grecia, reclamación núm. 3/1999, decisión sobre la admisibilidad de 13 de octubre de 1999–. En particular, indica los datos estadísticos aportados sobre el país y los elementos fácticos evidencian que hay desigualdad salarial, así como actuaciones deficientes de los órganos estatales con competencias para ello. Igualmente, sobre la infrarrepresentación de las mujeres en los puestos de decisión de las empresas privadas se ilustra que no son aplicadas las leyes existentes, según las fuentes nacionales y europeas. Si estos carecen de sustancia, se valorará en la instrucción.

- Existe correspondencia de la ONG con el ámbito de actuación para el que está cualificada. Tras una lectura del objeto social de sus estatutos, el CEDS determina que sus actividades forman parte de un marco de acciones en favor de la igualdad entre mujeres y hombres, uno de los criterios fundamentales de la democracia (*Recommandation n.º R (98) 14 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à l'approche intégrée de l'égalité entre les femmes et les hommes*). Este incluye la igualdad de remuneración al estar frente a uno de los grandes desafíos sociales.

3.1.3. Una extensa instrucción presidida por la transparencia y la participación

El desarrollo del procedimiento transcurre según los principios de contradicción, transparencia y participación. Se organizan principalmente de forma escrita.

Por lo que se refiere al primero, se constata en que, tras la admisibilidad de la reclamación, el CEDS solicita al demandado una memoria sobre el fondo del asunto. Esta, una vez presentada, se envía a la contraparte para que proceda a replicar mediante aclaraciones o informaciones (art. 7.1). Nuevamente se trasladarán al primero, otorgándole la posibilidad de una contrarréplica.

El intercambio de documentos en estos casos fue numeroso. Procedimientos como el de Suecia se limitaron a seis, el menor de todos. Otros hasta once, el superior, que es, por ejemplo, el de Croacia. Aunque esto genera un volumen de gestión y análisis considerable, se debe valorar positivamente, pues proporcionan mucha información sobre la cuestión controvertida.

En lo que atañe al segundo, se constata en la difusión en la web del Consejo de Europa de todos los documentos aludidos en las dos lenguas oficiales (<https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/>), salvo los anexos.

Finalmente, en cuanto al último, se prevé que terceros, directa o indirectamente relacionados con el asunto, puedan intervenir, a través de la presentación de observaciones. El presidente realizó las oportunas invitaciones, participando en concreto tres. Con ello se hace ostensible que el procedimiento es paradigma en cuanto a su carácter abierto.

En primer lugar, la Confederación Europea de Sindicatos (CES). Esta organización es muy activa normalmente, se pueden contabilizar más de cuarenta ocasiones. Su documento se estructura en dos secciones. Una general aplicable a todos los Estados. Otra específica respecto de cada uno. Limitándome a la primera, la organización señala que las reclamaciones deberían ser examinadas diferenciando dos aspectos.

Por una parte, la igualdad salarial es un principio fundamental clásico que, si bien está tradicionalmente recogido en las legislaciones de los Estados, no se aplica suficientemente.

Habría que atender a una doble dimensión, de fondo y de forma. En lo que respecta a la primera, valorar según términos cuantitativos y cualitativos. La tolerancia debe ser cero, admitiendo, en todo caso, un pequeño margen del término «igual» y permitir un umbral de diferencia del 5 %.

Desde el punto de vista cualitativo, la diferencia salarial persiste. La entidad estima que hay que exigir una legislación clara y comprensible, que asegure:

- Que todas las personas trabajadoras tienen el derecho garantizado.
- Una mención expresa de la discriminación indirecta.
- Una delimitación del término «salario» que englobe todos los elementos de la remuneración, integrando las pensiones complementarias.
- Unos parámetros de comparación amplios, transparentes, con trabajos que tienen el mismo valor, aunque su naturaleza sea diferente, y un seguimiento posterior de las discriminaciones que se detecten con el fin de verificar su corrección.

En cuanto a la brecha salarial, concluye que, como mínimo, es de más del 5,5 %. Las estadísticas así lo muestran, añadiendo la ausencia de claridad en cuanto a la forma de calcular y los problemas relacionados con el origen de los datos. De observarse, indican que el porcentaje sería mayor.

Por otra parte, la cuestión relativa a la inferior representación de las mujeres en las empresas privadas es relativamente reciente, pero debe ser abordada rigurosamente. Si bien la cifra perfecta sería la del 50 %, respalda el objetivo propuesto de la Comisión Europea de garantizar el 40 %. Afirma, en un principio, que solo dos países (Francia y Noruega) alcanzan ese objetivo. Esta referencia la fundamenta en las estadísticas del European Institute for Gender Equality (EIGE)³⁴. Ahora bien, valorando que esos datos solo muestran la situación de las empresas más importantes, determina finalmente que ninguno de los países lo cumplen.

En segundo lugar, la Red Europea de Organismos de Igualdad (Equinet). Esta presenta observaciones detalladas de cada país. En algunos casos, ha delegado la tarea en otros, como en Croacia o Francia, que informa que las han elaborado el Defensor del Pueblo o institución equivalente. Cabe señalar que no participó en los procedimientos contra Italia, Noruega y Eslovenia. La razón, no estar en condiciones.

En tercer y último lugar, la Comisión Europea. Aporta idéntico documento en todos los procedimientos. Se limita a explicar el marco jurídico de la UE y las medidas adoptadas para

³⁴ Vid. <https://eige.europa.eu/gender-statistics/dgs/browse/wmidm>, Women and men in key decision-making positions.

hacer frente a las cuestiones sobre las que versan las reclamaciones³⁵. No es la primera vez que participa, pues en la reclamación colectiva número 111/2014, Confédération générale grecque du travail (GSEE) contra Grecia, también lo hizo. Conviene apuntar que en esta última su posicionamiento era menos neutral, ya que respaldaba completamente las medidas de austeridad adoptadas por el país (Salcedo Beltrán, 2018, pp. 109-110).

3.1.4. Las decisiones sobre el fondo de 5 y 6 de diciembre de 2019

3.1.4.1. Un veredicto gobernado por la hegemonía de las discriminaciones

Finalizada la instrucción, la persona ponente a la que se adscribió cada reclamación realiza una propuesta de decisión sobre la cuestión controvertida. Previamente fueron deliberadas con el resto de miembros en el transcurso de las sesiones.

Las decisiones sobre el fondo se adoptaron los días 5 y 6 de diciembre de 2019. Se observa que algunos puntos se deciden por unanimidad y otros por mayoría. Tan solo una tiene un voto particular, la emitida respecto de Francia. Esos días se notificaron a las partes, la representación de los Estados que han suscrito la CSE, los Estados miembros del Consejo de Europa y el Comité de Ministros. En ningún caso pueden difundirlas. Hay que esperar a que el último emita una resolución o recomendación en el plazo de 4 meses que tiene atribuido para hacerlo. Esta no se produjo hasta el 29 de junio de 2020, debido a que el CEDS no se las envió inmediatamente. Precisamente esto era un indicio de que el fallo era condenatorio, puesto que de no serlo se difunden muy pronto (Salcedo Beltrán, 2020b, pp. 258-260).

El documento final se organiza detallando todo el procedimiento seguido, quiénes intervienen y los documentos aportados, es decir, cualquier circunstancia de su desarrollo. Tras esta explicación, procede a resolver fundadamente sobre la existencia o no de violación de uno o varios preceptos.

Me centraré en el último apartado, puesto que los previos ya se han expuesto. Lo introduce con unas precisiones que se pueden estructurar en dos grupos. El primero describe la preocupación que la CSE, desde sus inicios, ha mostrado por las cuestiones relativas a la remuneración adecuada. Esto se prueba por la relación, como anteriormente se señaló, con la pobreza y la exclusión social cuando es insuficiente. En suma, la justicia social es afectada. Por ello, se fijaron derechos expresamente para garantizarla que, además, no deben ser

³⁵ <https://rm.coe.int/cc126casedoc10-en-observations-by-the-european-commission/16808b3687> pp. 1 a 10. Un detallado estudio de los estándares internacionales, así como del comunitario, sobre la brecha retributiva de género en Miñarro Yanini (2019).

teóricos, sino efectivos –Commission internationale de juristes (CIJ) contra Portugal, reclamación núm. 1/1998, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 1999–. Ahora bien, el CEDS manifiesta que, aunque la protección en el texto está recogida, en la realidad existen discriminaciones en los ámbitos que la reclamante denuncia.

Con esta premisa procede, en una segunda agrupación, a describir los indicadores que ha tenido en cuenta y cómo ha examinado los diferentes puntos del asunto controvertido.

En cuanto a la cuestión relativa a las diferencias de remuneración, se han estudiado según los datos de la brecha salarial de género no ajustada. Complementariamente, también a la existente con carácter global, que mide el impacto de varios factores: el salario por hora, el número de horas de trabajo remunerado, los niveles de empleo o el trabajo a tiempo parcial.

Por lo que se refiere a la representación de las mujeres en los puestos de decisión, ha atendido a las estadísticas del EIGE. En todo caso, el CEDS es consciente de que la información de los análisis no proporciona una realidad exacta, pero sí la existencia de diferencias generales. Igualmente, que la interpretación la efectuará de forma dinámica y evolutiva teniendo en cuenta que la CSE no es un instrumento jurídico estático, sino reflejo de los progresos. Esto es lo que permite proteger de forma efectiva según las necesidades o problemas emergentes de la sociedad en cada momento.

A continuación, expone la clarificadora estructura acordada por el CEDS para resolver. Se materializa en un análisis de dos puntos clave:

- 1.º El relativo al principio de igual remuneración por trabajo de igual valor o de valor comparable. Esto lo llevará a efecto, a su vez, desde dos ángulos:
 1. Por una parte, las exigencias en relación con el reconocimiento y la aplicación del derecho a igual remuneración por un trabajo de igual valor o comparable (arts. 4.3 y 1 c) Protocolo 1988/20 c) CSE/CSEr). Estas incluyen, entre otras:
 - a) Una legislación explícita.
 - b) La existencia de recursos efectivos cuando no se ha garantizado.
 - c) La transparencia en la remuneración y los métodos de comparación.
 - d) La existencia de órganos de igualdad efectivos y de otras instituciones competentes.
 2. Por otra parte, las obligaciones de adoptar medidas para promover el derecho (arts. 1 c) Protocolo 1988/20 c) CSEr). Estas comprenden:

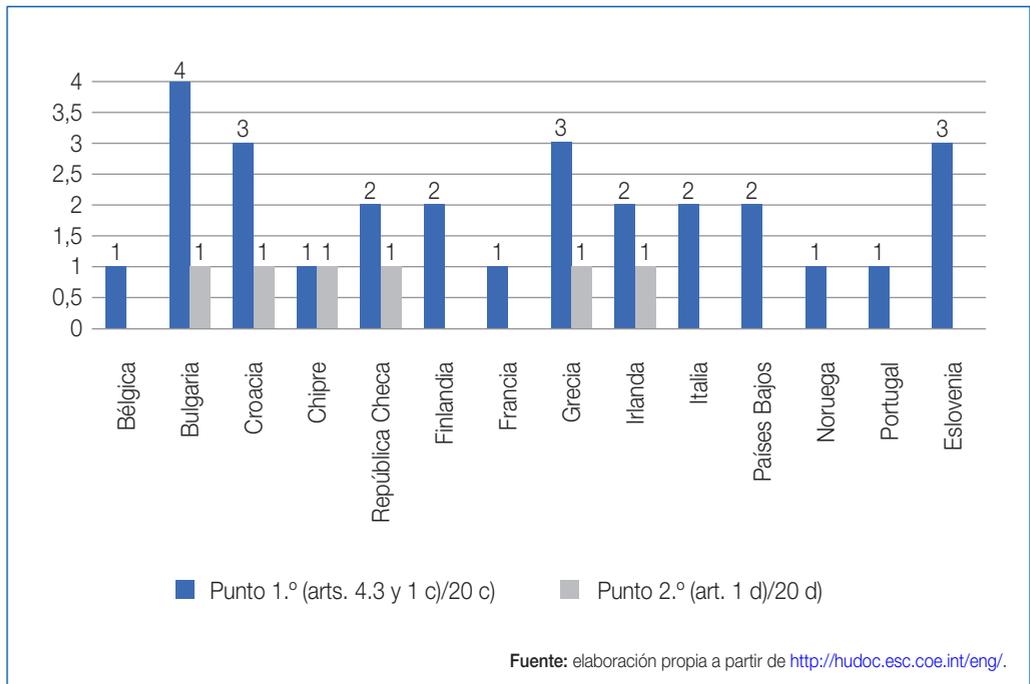
- a) La recopilación de datos estadísticos estandarizados con el fin de medir la brecha salarial entre mujeres y hombres.
- b) Los instrumentos aplicados para promover la igualdad de oportunidades integrando la dimensión de género.

2.º El referente a las cuestiones sobre la representación de la mujer en puestos de decisión en empresas privadas (arts. 1 d) Protocolo 1988/20 d) CSEr). Este les compromete a garantizar y fomentar el derecho a la igualdad de oportunidades y tratamiento en el campo del desarrollo profesional, incluida la promoción.

Los resultados fueron de condena a catorce de los quince países demandados. El único que no recibió ninguna reprobación fue Suecia.

Siguiendo la ordenación apuntada, las violaciones de cada punto fueron las siguientes:

Violaciones CSE/Protocolo 1988/CSEr. Igualdad remuneración y oportunidades hombres y mujeres



Procedo a continuación a detallar, del punto 1.º, los concretos incumplimientos detectados en cada país de los subapartados:

	Punto 1.º 1. Reconocimiento y aplicación derecho igual remuneración			Punto 1.º 2. Adopción medidas promoción igual remuneración
	b) Recursos efectivos	c) Transparencia remuneración	d) Órganos de igualdad	
Bélgica		•		
Bulgaria	•	•	•	•
Croacia	•	•		•
Chipre		•		
República Checa		•		•
Finlandia	•			•
Francia				•
Grecia	•	•		•
Irlanda		•		•
Italia		•		•
Países Bajos		•		•
Noruega		•		•
Portugal				•
Eslovenia	•	•		•

Fuente: elaboración propia a partir de <http://hudoc.esc.coe.int/eng/>.

Siguiendo un orden de menor a mayor, todos observaban la determinación a nivel legislativo del derecho (punto 1.º 1 a). En cuanto a los órganos, puesto que el CEDS ha valorado tanto la existencia de un órgano *ad hoc* como la de otros, con competencias más generales, pero que desarrollan un rol importante en materia de igualdad. Tan solo Bulgaria ha sido condenada. El motivo es la limitación de recursos de los que dispone la Comisión para la protección de la discriminación tras constatar que esta ha solicitado en numerosas ocasiones que veintiuna dependencias regionales se doten de personal y puedan ser operativas, además de crearlas donde no existen.

A continuación, cinco países han sido reprobados del examen sobre los recursos efectivos. Se ha de poner de relieve la delimitación mucho más amplia que la del TEDH (Brillat, 2021). Cuatro de ellos coinciden en gran parte de los fundamentos (Bulgaria, Croacia, Grecia y Eslovenia). Estos son la dificultad de acceder a los tribunales o su jurisprudencia, el elevado coste o la información sobre ellos, el cálculo de la indemnización reparadora según un baremo o la inversión de la carga de la prueba. Sorprende que Finlandia esté en este grupo. La censura se origina en que no tiene prevista legalmente la reintegración de la persona trabajadora en su puesto en caso de que demande por discriminación.

En los que recaen gran parte de las condenas son por la ausencia de transparencia en la determinación de la remuneración, que incluye los parámetros para poder comparar, y los escasos esfuerzos de promoción. En el primero, todos los países, excepto Finlandia, Francia y Portugal, tienen lagunas en los sistemas de clasificación profesional, su ausencia de neutralidad, la poca claridad de la determinación de la remuneración en el sector privado y la imposibilidad de examinar según parámetros de comparación objetivos y de calidad o los obstáculos a las personas trabajadoras de acceder a la información.

Por último, dentro de esta primera sección, también es común, excepto en Bélgica, la acreditación de progresos. Los Gobiernos pueden actuar más en este sentido, pero la realidad muestra desinterés en la implantación de medidas, además de que estas son insuficientes. En ese sentido, se ha cuestionado al CEDS una interpretación confusa de su medición. Oportunamente se ha respondido que no se trata de determinar hasta qué punto el Estado «puede» actuar, sino hasta qué punto «debe» hacerlo para cumplir con las obligaciones del tratado (Brillat, 2021).

En cuanto al punto 2.º, relativo a la inferior representación en puestos de decisión en empresas privadas, Bulgaria (15,9 %), Croacia (15,8 %), la República Checa (18,5 %), Chipre (10,5 %), Grecia (10,2 %), Irlanda (22,4 %) son los que incurren en incumplimientos. Sorprende en este sentido que el CEDS tome como referencia el 40 % y que no haya condenado a los países que no lo alcanzan. Es el caso de Bélgica (34,4 %), Finlandia (34,4 %), Italia (36,6 %), Países Bajos (32,6 %), Eslovenia (27,7 %) y Portugal (24,8 %), que en el momento de examinarlo están por debajo. El motivo es la evolución respecto de años precedentes. A mi modo de ver, los únicos que debían haber sido absueltos son los que llegan al porcentaje de referencia, es decir, Francia (44 %) y Noruega (41,2 %). Por consiguiente, Suecia no debería haber sido eximida de total responsabilidad en la materia por estar en el 37,1 %. Los datos del *Global Gender Gap Report* (marzo 2021) del Foro Económico Mundial concluyen que harán falta más de 135 años para eliminar la brecha de género³⁶. Esta es una muestra de la necesidad de actuaciones más firmes. No podemos permanecer impasibles frente a esa previsión.

³⁶ http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2021.pdf. Islandia es el país donde hay mayor igualdad entre hombres y mujeres en términos generales, seguido por Finlandia, Noruega, Nueva Zelanda y Suecia. España ocupa el puesto 14 de los 156 países que integran la lista.

Este posicionamiento del CEDS en cuanto a avalar a los Estados sin alcanzar los mínimos exigidos, considerando que es independiente el progreso del valor de referencia, ha sido objeto de crítica en alguna ocasión. Así, en la decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2014, *Finnish Society of Social Rights contra Finlandia*, reclamación colectiva número 88/2012, se dejó constancia de la «difícil conciliación y coherencia» –en ella se trataba del art. 12, apdos. primero y tercero–. Se estima que únicamente cuando se respeten los mínimos exigidos puede hablarse de cumplimiento de la progresividad requerida, de forma que lo contrario comporta aprobar una situación de mejora, pero encuadrada en una violación (Jimena Quesada, 2015, pp. 294-295)³⁷.

Como se ha avanzado, solo una de las reclamaciones colectivas tiene un voto particular, la relativa a Francia³⁸. El CEDS resolvió que únicamente incumplía el artículo 20 c) de la CSEr por no poder constatar los progresos en la promoción de la igualdad de remuneración. La opinión discrepante considera que debería haber sido condenado por dos referencias más: el reconocimiento del derecho a la igualdad salarial (arts. 4.3 y 20 c) CSEr) y la representación equilibrada de las mujeres en instancias de decisión de las empresas privadas (art. 20 d) CSEr).

En cuanto a la primera, se indica que numerosas son las normas relativas a la igualdad. La incompatibilidad se señala en cuanto a los plazos que determinan para su materialización, puesto que no se prevé ninguno respecto de las personas trabajadoras a tiempo parcial, que son el 80 % de las mujeres, la designación en todas las empresas de personal para hacer frente al acoso y violencias por razón de sexo o la formación específica de los inspectores/as de trabajo o profesionales de la medicina en el trabajo para prevenirlas. Esa ausencia de términos precisos y razonables conlleva conceder una disponibilidad de los fines de las normas que se traduce en una falta de efectividad.

Por lo que se refiere a la segunda, es más crítico. Comparte que son constatables los resultados en cuanto al aumento de mujeres en puestos de dirección en las grandes empresas (de 10,7 % en 2009 a 34 % en 2016, según datos del *Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes*). Ahora bien, existen otros estudios fiables que indican que en los comités ejecutivos de esas empresas el 82,88 % son hombres y solo 10 mujeres están en ellos. En consecuencia, el objetivo del 40 % está lejos de alcanzarse, sin obviar que no incluye los de las pequeñas empresas. Reconoce que estos datos se deben también a las resistencias que hay en esos mismos órganos, a los que les resulta más fácil e inmediato imaginar en un puesto de responsabilidad a un hombre que a una mujer. Esta circunstancia, aunque puede ser atenuante, no puede determinar una conformidad con la CSEr.

³⁷ Se encuentra reflejada también como voto particular en la decisión sobre el fondo.

³⁸ Emitido por Petros Stangos.

3.1.4.2. Una fundamentación jurídica instituida en vector europeo: los criterios generales para alcanzar la igualdad de remuneración y de oportunidades para las mujeres en el ámbito laboral

Este epígrafe se ha estructurado separando los incumplimientos comunicados y la fundamentación jurídica. La explicación se encuentra en que esta ha adquirido una relevancia sin precedentes que ha culminado en la aprobación el 17 de noviembre de 2020 de un documento erigido oficialmente en directriz a observar por los Estados parte para alcanzar la igualdad de remuneración y de oportunidades en el ámbito laboral entre hombres y mujeres. Engloba la jurisprudencia ya emitida, además de precisar y añadir nuevos elementos.

Se organiza en tres apartados en los que se detallan las obligaciones respecto de tres materias:

- El reconocimiento y la aplicación del derecho a la igualdad de remuneración.
- Las medidas dirigidas a promoverlo.
- Las obligaciones para que la representación en los puestos decisorios sea equilibrada.

3.1.4.2.1. Reconocimiento y aplicación del derecho a la igualdad de remuneración

Para alcanzar este desafío, el CEDS lo subdivide en cuatro puntos específicos:

a) La determinación del derecho a nivel legislativo

El primer aspecto que deja claro el CEDS es que el reconocimiento de la igualdad de remuneración por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor debe estar previsto en un texto con rango de ley, en sus dos facetas, directa e indirecta. Este deberá ser explícito y preciso, insistiendo en que no se observa por su inclusión en textos de rango constitucional. Así resulta de los artículos 4.3 y 20 de la CSE/CSEr y 1 del Protocolo de 1988.

En su definición, el término «remuneración» debe cubrir todos los elementos que la compongan, es decir, directos o indirectos, en efectivo o en especie, que la empresa abone como contraprestación a la persona trabajadora. Ello con independencia de que su origen sea por una ley, convenio colectivo o contrato. Firme se muestra en cuanto a que, de existir alguna previsión en contra, debe ser derogada o retirada sin más dilación. No se ponderará una inaplicación ni una previsión constitucional que no esté oportunamente desarrollada en normativa inferior.

b) El acceso a recursos efectivos

El Comité subraya que se deben arbitrar recursos adecuados y efectivos en caso de que se denuncie de discriminación. No se trata solo de ponerlos a disposición, sino de hacerlos

viables. Esto se traduce en un coste razonable, puesto que lo contrario los convierte en una quimera y, por consiguiente, una imposibilidad de hacer valer el derecho.

En cuanto al desarrollo y conclusión de los procedimientos, la víctima tiene que tener una reparación adecuada. Esta se interpreta en el sentido de que sea suficientemente reparadora del daño que se sufra. La noción de este es amplia, incluyendo el moral. Bastará con probar cualquier perjuicio que se haya producido por la discriminación. Igualmente debe ascender a una cifra que disuada suficientemente futuras actuaciones similares de la parte infractora. La fijación de límites, tipo baremos objetivos generales para todos, no es compatible con la CSE, pues no valoran la individualizada situación de cada persona. Significativa es la jurisprudencia que está emitiendo sobre esta materia en virtud del artículo 24 de la CSEr. Es el caso de las decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016, Finnish Society of Social Rights contra Finlandia, reclamación número 106/2014, y de 11 de septiembre de 2019, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) contra Italia, reclamación número 158/2017.

Del mismo modo, la carga de la prueba debe adaptarse a la situación que se alega, puesto que dejar todo el peso de ella en la parte demandante, con las especiales circunstancias que concurren en estos casos, puede derivar en una indefensión. Por ello, deben acordarse reglas, como las presunciones *iuris tantum* o los indicios, que deriven en que sea la parte demandada la que deba probar que no ha incurrido en una discriminación.

Para finalizar sobre este punto, la meridiana protección contra represalias. En este sentido, debe garantizarse la indemnidad. Una forma de materializarla es la de dejar a criterio de la persona trabajadora la reintegración en la situación anterior a la denuncia en las mismas condiciones o la indemnización.

c) La transparencia salarial y la fijación de parámetros de comparación

Un tema que precisamente está de actualidad es el que versa sobre la transparencia salarial. Este integra la determinación de las líneas para poder efectuar los análisis comparativos. Ambos prueban la efectividad de los derechos reconocidos. La realidad es clara en cuanto a las dificultades de probar las discriminaciones. La imposibilidad de conocer esta información o su inexistencia dificultan la acreditación de desigualdades.

El Comité es sensible especialmente con esta situación al considerar que la claridad retributiva juega un papel decisivo en la aplicación efectiva del principio de igual remuneración por trabajo de igual valor. Esta ayuda a identificar los prejuicios, los tratamientos injustificados por razón de sexo y facilita la acción correctiva a las autoridades competentes, a las personas trabajadoras, a las empleadoras y a sus respectivas organizaciones.

En la precisión, se remite, en primer lugar, a las medidas recogidas en la Recomendación de la Comisión de la UE de 7 de marzo de 2014, sobre el refuerzo del principio de igualdad de

retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia. Los Estados deben optar por, al menos, una de las siguientes:

- Derecho de las personas empleadas a obtener información sobre los niveles salariales, desglosada por género, incluyendo los componentes variables o complementarios además del sueldo base fijo, tales como los pagos en especie y la participación en los beneficios.
- Derecho de información periódica a las personas trabajadoras, a la representación de las personas trabajadoras y a los interlocutores sociales de la remuneración media por categoría de trabajador/a o puesto, desglosada por sexos.
- Garantizar que se realicen auditorías salariales en las empresas u organizaciones que empleen al menos a 250 personas trabajadoras. Estas tienen que incorporar un análisis de la proporción de mujeres y hombres en cada categoría de personas trabajadoras o puestos, del sistema de evaluación y clasificación de empleos e información detallada sobre los salarios y las diferencias salariales por razón de género.
- Velar por que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.
- Mejorar la disponibilidad de datos actualizados sobre la diferencia de retribución entre hombres y mujeres, proporcionando a Eurostat estadísticas anuales y oportunas.

Recientemente, nuestro país aprobó el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, para aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución. La norma reglamentaria, que desarrolla el artículo 28 del ET, concreta el concepto de trabajo de igual valor, la obligación del registro retributivo, los sistemas de clasificación profesional que se incorporen en los convenios colectivos. Estos deberán valorarse teniendo en cuenta el aludido registro y la transparencia retributiva, teniendo las personas trabajadoras derecho para acceder al mismo.

En el examen, en segundo lugar, igualmente se debe atender a factores como la naturaleza de las funciones, las competencias, las exigencias en materia de educación y las de formación. Es fundamental clarificar la expresión «trabajo igual y de igual valor» en la legislación o la jurisprudencia doméstica.

En tercer lugar, por lo que corresponde a las referencias para confrontar deben ser neutras. El CEDS es consciente de la dificultad de este punto. Las personas trabajadoras deben tener derecho a solicitar y recibir información sobre los niveles salariales desglosados por género, incluidos los elementos adicionales o salariales que compongan toda la retribución. En la medida en que los datos generales pueden no ser suficientes para demostrar la discriminación, debe ser posible solicitar y obtener información sobre el salario de un compañero/a, respetando debidamente las normas aplicables en materia de protección de datos personales y secreto comercial e industrial.

Para terminar, los Estados deben recoger la posibilidad de contrastar salarios y trabajos fuera o más allá de la empresa afectada.

d) La creación de órganos de promoción de la igualdad

El Comité considera que la aplicación satisfactoria del derecho demanda que se supervise su cumplimiento. Para ello, los Estados deben crear organismos especializados responsabilizados de promover, con total independencia, la igualdad de trato. Además de facilitar a las víctimas de discriminación apoyo jurídico. La operatividad se garantizará con una definición clara, dotación de autoridad, independencia y recursos humanos y financieros. En este contexto, considera apropiado la traslación de los «Principios de París» relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos (1993) de la ONU.

Tomando como base esa referencia, comunica que las disposiciones deben, como mínimo, prever las siguientes funciones:

- Seguimiento y promoción. Se concreta en cooperación con los servicios de inspección del trabajo u otros organismos competentes, vigilar la situación de la discriminación por motivos de género, elaborar informes periódicos, realizar estudios de oficio y formular recomendaciones, así como sensibilizar a la sociedad sobre la materia.
- Implantar decisiones que se traduzcan en recibir, examinar y conocer de casos de discriminación, emitir decisiones vinculantes o con autoridad sobre las reclamaciones relativas a este tema y garantizar la implementación de tales decisiones.
- Asistencia a las víctimas que suponga proporcionarles apoyo personal y legal, actuar como mediadores en los conflictos, representar a las víctimas y realizar un seguimiento posterior de decisiones.

Por último, el Comité considera que, además de tener una misión clara y amplia, estos órganos especializados en igualdad contarán con los recursos humanos y financieros, así como con la infraestructura necesaria para poder combatir eficazmente la discriminación salarial y eliminarla.

3.1.4.2.2. Medidas dirigidas a fomentar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en materia de igualdad de remuneración

El CEDS ha querido con este epígrafe concretar qué obligaciones tienen que asumir los Estados. En este sentido pone de relieve la recopilación de datos, con objetividad, calidad, separados por sexos, por sectores, profesiones, edad, nivel de educación y cualquier otro factor que pueda incidir directa o indirectamente en una discriminación. Estos son fundamentales para el diseño de políticas dirigidas a reducirla. Los problemas y su

magnitud solo pueden medirse y afrontarse a partir de esas ilustraciones. Su valor se ha podido constatar en supuestos en los que los afectados por la desigualdad eran colectivos pertenecientes a etnias –Centre européen des Droits des Roms (CEDR) contra Grecia, reclamación núm. 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2014, y Centre européen des Droits des Roms (ERRC), reclamación colectiva núm. 27/2004, decisión sobre el fondo de 7 de diciembre de 2005–.

Los Estados han de acordar medidas que no deben consistir únicamente en iniciativas jurídicas abstractas o genéricas. Serán concretas, adecuadas, proporcionando medios y organizando los procedimientos que permitan el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CSE (decisiones de fondo de 4 de noviembre de 2003, reclamación núm. 13/2002, Association internationale Autisme-Europe contra Francia, y 5 de diciembre de 2007, reclamación núm. 33/2006, Mouvement International ATD Quart Monde contra Francia).

El artículo 20 c) de la CSEr así lo impone teniendo en cuenta la perspectiva de género. Esta implica su integración en la elaboración, diseño, implementación, seguimiento y evaluación de cualquier política, regulaciones y programas. Evoca en este sentido la Recomendación 98(14) del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa al enfoque integrado de la igualdad entre hombres y mujeres. En ella se considera la elaboración de una estrategia general en la que se promuevan los derechos de las mujeres mediante acciones positivas y la igualdad pre-sida cualquier decisión o plan. Su naturaleza jurídica transversal es elemental.

Finaliza comunicando unos indicadores que permiten valorar el cumplimiento de las obligaciones:

- Determinar y aplicar planes de acción nacionales para el empleo que garanticen efectivamente la igualdad entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la relación laboral.
- Exigir a las empresas que elaboren similares planes para preservar en los niveles inferiores ese tratamiento sin discriminación.
- Animar a que esta materia se aborde en los convenios colectivos.
- Sensibilizar a los agentes sociales, instituciones públicas y a la sociedad en general sobre su trascendencia. En esta tarea, los organismos que tengan creados pueden desarrollar un rol significativo.

3.1.4.2.3. Representación equilibrada de las mujeres en los puestos de decisión en el seno de las empresas privadas

Para acabar con el análisis del documento, el CEDS atiende a la necesidad de luchar contra la segregación vertical en el mercado de trabajo. Para ello, los artículos 1 del Protocolo de 1988 y 20 de la CSEr ordenan obligaciones positivas que fomenten el ascenso de la mujer en puestos decisorios. Esta puede exigir la aprobación de normas por las instancias legislativas, obviamente vinculantes, en cuanto al acceso a los consejos de administración.

Los datos elaborados por la UE en el Informe de 2019 sobre la igualdad de hombres y mujeres³⁹ revelan que los que las han instrumentado en ese nivel, con carácter preceptivo, han aumentado la media del 9,8 % en 2010 al 33,7 % en 2018. Para los que han optado por relativizar esa exigencia, el incremento parece mayor, al pasar del 12,8 % en 2010 al 25,6 % en 2018. Por el contrario, la situación está estancada en los que no han llevado a cabo ninguna acción específica (de un 12,8 % de media en 2010 a un 14,3 % en 2018). En todo caso, la media global de la UE coloca la situación en un 26,7 % en 2018, quedando aún mucho hasta alcanzar el 40 % que recomienda.

Por tanto, la indolencia sobre esta cuestión es incompatible con los fines del tratado, debiendo disponer todos los recursos posibles en ese sentido.

3.1.4.3. La declaración del Comité de Ministros sobre la igualdad entre hombres y mujeres como objetivo fundamental en materia de derechos humanos

La presentación de las reclamaciones, los pronunciamientos y los criterios subsiguientes adoptados prueban su alcance, así como la pertinencia de realizar un estudio detallado. Esto se ha visto confirmado con la reacción del Comité de Ministros. Habitados a que su intervención sea la de dar trámite a las conclusiones y decisiones de fondo sin despuntar, el 17 de marzo de 2021 se caracteriza por hacer visible frente a la materia que se está analizando un posicionamiento más comprometido. Este se concreta en dos aspectos determinados.

Por un lado, se publicó un significativo documento titulado «Declaración sobre la igualdad de remuneración y la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en materia de empleo»⁴⁰. Se estructura en cuatro apartados.

En el primero, manifiesta su firmeza en cuanto a que la igualdad de género es un componente básico para la protección de los derechos humanos, el respeto del Estado de derecho y el funcionamiento de la democracia. Como principio fundamental, todos los Estados miembros del Consejo de Europa se han comprometido a respetarla, pues está consagrada, no solo en la CSE, sino en el artículo 14 del CEDH –reforzado por el Protocolo núm. 12–. Su dimensión social determina un emplazamiento más detallado en el primero de esos instrumentos jurídicos. A continuación, hay que destacar que transcribe textualmente los criterios generales del CEDS. Con ello, adquieren una dimensión general, un valor esencial, más allá de los Estados que han suscrito la CSE, imputable a todos los que conforman la organización.

³⁹ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/annual_report_ge_2019_en.pdf.

⁴⁰ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a1cb99.

Por lo que se refiere al segundo, complementariamente, dispone unas líneas y herramientas de buen gobierno. En este sentido remarca el trabajo del CEDS, tanto por la vía de las conclusiones como de las decisiones sobre el fondo, valorando positivamente los avances que se han producido gracias a él. Paralelamente, referencia el papel que también está jugando la «Estrategia del Consejo de Europa para la igualdad entre mujeres y hombres 2018-2023», además de la Declaración del Comité de Ministros «Hacer realidad la igualdad de género», adoptada en Madrid (España), el 12 de mayo de 2009, en la que se condena la brecha salarial que persiste.

En lo que atañe al tercero, se centra en vincular el disfrute del derecho a la no discriminación y la igualdad de oportunidades con otros derechos civiles, económicos, políticos y sociales. Es un elemento esencial caracterizado por tener una dimensión plural, en la que la justicia social se ve afectada de existir desigualdades. Afrontarlas contribuye al desarrollo económico y a su capacidad para participar por igual en todos los aspectos de la toma de decisiones de la sociedad.

En el último apartado, la igualdad entre hombres y mujeres se erige en objetivo prioritario y para comunicar a los Estados miembros que procedan a:

- Examinar su legislación y práctica nacionales según las normas pertinentes del Consejo de Europa, en las que remarca las disposiciones de la CSE y los pronunciamientos del CEDS.
- Aprobar medidas contundentes decisivas y considerar una revisión o, en su caso, la adopción de una estrategia global para lograr un progreso constatable en un plazo razonable dirigido a alcanzar los objetivos de la plena igualdad en todos los aspectos del escenario laboral.

Por otro lado, hay otro aspecto muy importante. Se trata de la comunicación de que adoptará catorce recomendaciones contra los países que han sido condenados en las reclamaciones colectivas. Desde el año 2001, solo había emitido una (Syndicat national des professions du tourisme contra Francia, reclamación colectiva núm. 6/1999), siendo todo el resto resoluciones⁴¹. Se trata de una magnífica noticia que esperamos pronto se traduzca en la supresión o corrección de todas las violaciones comunicadas por el CEDS.

⁴¹ Parece ser que pretende seguir esta tendencia pues en la reunión que tuvo el 16 de junio de 2021 ha aprobado cuatro más. Específicamente en Commission internationale des Juristes (CIJ) contra la República Checa, reclamación colectiva número 148/2017, Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) et Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) contra la República Checa, reclamación colectiva número 157/2017, Confederazione Generale Sindacale (CGS) contra Italia, reclamación colectiva número 144/2017, y Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) contra Italia, reclamación colectiva número 146/2017.

3.1.4.4. La petición de compensación de gastos

El procedimiento de reclamaciones es gratuito. Ahora bien, las entidades demandantes pueden tener gastos en torno al mismo, como pueden ser el asesoramiento para redactar la reclamación o viajes a Estrasburgo en caso de que exista una fase oral. No se ha de confundir con una satisfacción equitativa equivalente a la del artículo 41 del CEDH, prevista para los supuestos en que se resuelve con la existencia de violación, ni de una sanción (Brillat, 2017, p. 59), inviable, al menos de momento.

En las analizadas, la entidad reclamante solicitó 10.000 euros en cada reclamación por los gastos en pagar a una abogada.

Esta cuestión no es novedosa. Desde hace tiempo, algunas entidades solicitan un reembolso de los gastos, con cargo a los Estados condenados. El CEDS respalda las peticiones, puesto que considera que se producen esos costes y que, con la situación actual, la imposibilidad de asumirlos disuade a participar en el procedimiento. Su concesión conllevaría el reconocimiento de su contribución a garantizar la aplicación correcta de la CSE, además de animarlas a ello⁴².

Hasta hace escasos años, el CEDS daba curso a la petición. Pedía que se adjuntara la correspondiente documentación justificativa. En su ausencia o en caso de fijar una cifra excesiva la rebajaba a 2.000 euros –Confédération Française de l'Encadrement «CFE CGC» contra Francia, reclamación colectiva núm. 16/2003, decisión sobre el fondo de 12 de octubre de 2004, o Centre européen des Droits des Roms (CEDR) contra Grecia, reclamación colectiva núm. 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2014, Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC contra Francia, reclamación colectiva núm. 53/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2010, Centre européen des Droits des Roms (CEDR) contra Portugal, reclamación núm. 61/2010, decisión sobre el fondo de 30 de junio de 2011–.

A continuación, la transmitía al Comité de Ministros al mismo tiempo que la decisión sobre el fondo, pidiendo que se requiera al Estado condenado a que se responsabilizara de parte de esos gastos con fundamento en la naturaleza jurídica del procedimiento, similar a la jurisdiccional. En ninguna ocasión, este ha accedido por la carencia de referencia expresa en la normativa –Resolución ResChS (2005), reclamación núm. 16/2003, Resolución CM/ResChS(2011)5, reclamación núm. 56/2009, Resolución CM/ResChS(2013)7, reclamación núm. 61/2010–.

Teniendo en cuenta lo relatado, la solución pasa por la reforma de las normas reguladoras y la inclusión de una cláusula *ad hoc* (Jimena Quesada, 2019b, p. 140). Esta situación

⁴² Giuseppe Palmisano, *Allocution lors de l'échange de vues avec les Délégués des Ministres*, 22 de marzo de 2017. CM/Del/OJ(2017)1282.

es la que le lleva a no concederla y ni siquiera trasladar al Comité de Ministros la recomendación, pues es manifiesto el desinterés de este último. En todo caso, sí que deja plasmado que son justificadas y apropiadas.

3.2. Aproximación a significativa jurisprudencia reciente y próxima

La materia analizada en el epígrafe anterior no es la única muestra de la trascendencia de los pronunciamientos del CEDS. Numerosas son las que aborda. Todas justifican una atención, pues versan sobre derechos sociales además de resolver normalmente con parámetros más protectores y firmes que otras instancias similares.

Una relación de todas haría interminable este estudio. Por ello me limitaré a referenciar algunas por su actualidad y repercusión de la resolución o por la que se emitirá en los próximos meses.

Encabeza esta enumeración el artículo 24 de la CSEr que, como ya se señaló al inicio del estudio, ha adquirido especial protagonismo⁴³ y más va a adquirir. Muestra de ello es la reciente reclamación que acaba de presentar The Norwegian Business Association contra Noruega (núm. 198/2021). En la legislación de ese país, en los juicios sobre finalización de la relación laboral, cada una de las partes elige a uno de los jueces/zas legos intervinientes, es decir, dos tercios de la composición del órgano dirimente. Consideran, con ejemplos, que esto conlleva que no decida «un organismo imparcial», como exige el artículo 24 de la CSEr.

Dos ejemplos más muestran la protección de colectivos vulnerables, en los que el CEDS es paradigma (Salcedo Beltrán, 2021b, pp. 203-204). Así, la última decisión de fondo de 9 de septiembre de 2020, publicada el 3 de febrero de 2021, Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) et Inclusion Europe contra Bélgica, reclamación colectiva número 141/2017, condenó por no garantizar las autoridades el derecho de las personas menores con discapacidad intelectual a una educación inclusiva en la Comunidad francesa de ese país (Federación Valonia-Bruselas), según los artículos 15.1 y 17.2 de la CSEr.

En idéntico sentido se ha dictado otra reciente decisión de fondo de 22 de julio de 2020, publicada el 23 de noviembre, Centre européen pour les droits des Roms (CEDR) et Centre de défense des droits des personnes handicapées mentales (MDAC) contra la República Checa, reclamación número 157/2017. Esta vez con referencia a las personas menores de 3 años en instituciones de acogimiento adecuadas, que deben proporcionar alimentación, educación, alojamiento y vestimenta, cuando no pueden crecer en su familia

⁴³ Vid. *supra* epígrafe 1.

por sufrir maltratos, negligencias o abusos. La regulación nacional determina su carácter voluntario y sin limitación temporal, condiciones que conducen a una subordinación de su interés a que no se arbitren otras modalidades. Igualmente, el CEDS constata que el número de menores en estas entidades no disminuye, es decir, las personas responsables y competentes de ello no se esfuerzan suficientemente en orden a su desinstitucionalización e inclusión en estructuras familiares. A estas dos situaciones se suma la inexistencia de pruebas en cuanto a una posible mayor afectación respecto de las que, además, sean discapacitadas intelectuales o de etnia gitana. Todas comportan una violación del artículo 17 de la CSE.

Señalo dos decisiones de fondo, publicadas el 1 de febrero y el 12 de mayo de 2021, cruciales para hacer patentes las ventajas del procedimiento de reclamaciones colectivas. Estas absuelven al Estado demandado, porque, con posterioridad a la presentación de la reclamación, pero previamente a la resolución, modifican o derogan la norma objeto de la controversia. Se avanzan y, con ello, evaden la reprobación. En ellas es común la disposición denunciada, el artículo 5 de la CSE, por vulneración de derechos sindicales. Una es *Fédération FIECI et Syndicat SNEPI CFE-CGC contra Francia*, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, reclamación colectiva número 142/2017, y la otra *Fédération internationale des associations de personnes âgées (FIAPA) contra Francia*, decisión sobre el fondo de 10 de diciembre de 2020, reclamación colectiva número 162/2018.

Para finalizar, muy importantes serán las Conclusiones de 2021, en las que supervisará a los Estados la gestión de la pandemia de la COVID-19. El CEDS ha incorporado unas preguntas específicas que tratan de comprobar el cumplimiento del derecho a la protección a la salud garantizado en los artículos 3 y 11 de la CSE, además de su relación con otros. Se avanza que es más que probable que se resuelva en cuanto a España con pronunciamientos de no conformidad. Esto se fundamenta por las recientes condenas que se han producido a nivel judicial de Administraciones públicas. Varias sentencias lo ejemplifican. Así la del TSJ de Aragón de 22 de septiembre de 2020 (rec. 353/2020). En esta se ha desestimado el recurso presentado por el Servicio Aragonés de Salud (SAS), el Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS) y la Diputación General de Aragón, confirmando la dictada por el Juzgado de lo Social Único de Teruel de 3 de junio de 2020 que los condenaba por no dotar de equipos de protección individual al personal sanitario. Se falla que la epidemia «puede ser inevitable –aunque fuera previsible–, pero no el cumplimiento de las medidas preventivas del riesgo laboral que conlleva para el personal sanitario».

Aunque las afectadas son instituciones públicas regionales, el Estado deberá rendir, puesto que no será justificación la existencia de un concreto traspaso competencial en el marco de la más general descentralización territorial de competencias en cada orden constitucional. Así lo ha puntualizado el CEDS en alguna ocasión, véase, por ejemplo, *Centre européen des Droits des Roms (ERRC) contra Grecia*, reclamación número 15/2003, decisión sobre el fondo de 8 de diciembre de 2004:

[...] cuando el derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados partes de la Carta siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas.

También la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 8 de octubre de 2020 (rec. 91/2020), que responsabiliza al Ministerio de Sanidad por no haber provisto de medios de protección a los profesionales sanitarios poniendo en riesgo su integridad física y su salud, además de incumplir los derechos que les asisten en virtud del artículo 15 en relación con los artículos 43.1 y 40.2 de la Constitución.

O, más reciente, la STS de 22 de abril de 2021 (rec. 94/2020) que, confirmando la STSJ del País Vasco de 3 de junio de 2020 (rec. 14/2020), responsabiliza a la Administración de esa comunidad autónoma por no garantizar el derecho a la integridad física del personal que forma parte de la Ertzaintza.

Sobre este tema, se ha de mencionar que el 26 de noviembre de 2020 se registró la reclamación número 197/2020, *Validity contra Finlandia*⁴⁴, con referencia a las medidas restrictivas impuestas por las autoridades prohibiendo cualquier visita a las personas discapacitadas que están en instituciones. Se considera que se han violado sus derechos recogidos en los artículos 11 (derecho a la protección de la salud), 14 (derecho al beneficio de los servicios sociales), 15 (derecho de las personas discapacitadas a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad) y el artículo E (no discriminación) de la CSEr en combinación con cada una de las disposiciones mencionadas, al ocasionarles un completo aislamiento.

4. Reflexiones conclusivas y una propuesta

El estudio que se ha realizado permite constatar que el órgano que supervisa la Constitución Social de Europa debe ser considerado en los mismos términos que la norma. Con el título ha querido mostrarse, desde el primer renglón redactado, que quien interpreta la norma se está pronunciando sobre ella. Debería ser algo innato e irrefutable. La realidad no es así, sino más bien lo contrario. Afortunadamente, la balanza de los favorables va adquiriendo peso.

⁴⁴ La reclamación se puede consultar en <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/-/no-197-2020-european-federation-of-national-organisations-working-with-the-homeless-feantsa-v-finland>. Paralelamente, también analizará esta materia el TEDH tras haber admitido a trámite la demanda número 17578/20, Dalibor Magdić contra Croacia, presentada el 15 de abril de 2020 (comunicada el 15 de mayo de 2021, publicada el 31 de mayo de 2021) (<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-210389>).

Los Estados, cuando se comprometen al tratado, igualmente lo hacen al órgano que controla el cumplimiento. El evento de la ratificación y la firma se difunde y ensalza por los/las responsables gubernamentales enlazado a términos de progreso, democracia, valores y derechos. Luego, cuando llega el momento de la verificación, los cuestionamientos, ataques, críticas y menosprecios aparecen. Ello permite comprobar que los derechos y las garantías no están al mismo nivel. Esta afirmación, si se trata de los caracterizados como «sociales», aún más se puede predicar.

Se ha avanzado y, aunque queda mucho trabajo por hacer, en esa línea se debe seguir, pues es legítima. Tan solo falta la voluntad de materializarla. Así se están posicionando cada vez más las instancias jurisdiccionales inferiores.

Finalizo con una propuesta que enlaza con dos documentos que se acaban de publicar. Por un lado, la Declaración del CEDS de 21 de abril de 2021. En ella se señala la pertinencia de que las obligaciones de la CSE sirvan de hoja de ruta en cualquier decisión que adopten los Estados para superar la crisis que en estos momentos sufrimos⁴⁵. Para ello facilita unas directrices que los ayudarán en el momento de tener que aprobar decisiones difíciles, pero los fortalecerán como Estados comprometidos con los derechos humanos.

Por otro lado, el Comunicado de la secretaria general del Consejo de Europa de 22 de abril de 2021⁴⁶. Se está ante una de las muestras más notables de apoyo. El título *Améliorer la mise en œuvre des droits sociaux-renforcer le système de la Charte sociale européenne* avanza una actuación que se articulará en tres ejes:

- Respaldo político para incrementar la contribución de la organización para la implementación de los derechos sociales en Europa.
- Modificar los mecanismos de supervisión de la Carta Social Europea para reforzar su eficacia e impacto.
- Medidas para que los Estados parte del tratado y de la organización se impliquen más a efectos de que todos ratifiquen la versión revisada de forma completa.

La CSE debe ser el epicentro de cualquier regulación sobre derechos sociales. Los pronunciamientos del CEDS deben situarse en ese núcleo, pues con ellos simplemente define y complementa la norma. En suma, como el título de este estudio señala, *legis interpretatio legis vim obtinet*, sin que esta deba asimilarse exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, sino a cualquiera que tenga la competencia soberana de ejercer la exégesis de la norma que supervisa.

⁴⁵ Déclaration sur la COVID-19 et les droits sociaux adoptée le 24 mars 2021 (<https://go.coe.int/fweZ9>).

⁴⁶ SG/Inf(2021)13 (<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680a238c3>).

Referencias bibliográficas

- Arufe Varela, Alberto. (2018). Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el derecho español. *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 247-271.
- Belorgey, Jean-Michel. (2007). La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista de Derecho Político*, 70, 349-377. <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/9036/8629>.
- Belorgey, Jean-Michel. (2014). La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas. En Manuel José Terol Becerra y Luis Jimena Quesada (Dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales* (pp. 231-245). Tirant lo Blanch.
- Belorgey, Jean-Michel. (2016). Quelles garanties des droits sociaux en temps de crise? *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 2(6), 1-11. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1982/1613.
- Brillat, Manuela. (2021). UWE c. Europe: Marie Curie s'en va-t-en guerre! *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, 1(11), 284-297. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5477>.
- Brillat, Régis. (2008). La procédure de réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté. En Ghislaine Adriaenssens y Véronique Lahbib (Coord.^{as}), *Pauvreté, dignité, droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération* (pp. 74-80). Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. <http://www.luttepauvrete.be/rapport10ansaccord.htm>.
- Brillat, Régis. (2009). La Charte sociale européenne et le contrôle de son application. En Nikitas Aliprantis (Ed.), *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale* (pp. 37-54). Bruylant.
- Brillat, Régis. (2017). Le Règlement du Comité européen des droits sociaux. En Petros Stangos y Christina Deliyanni-Dimitrakou (Eds.), *Parcours en Europe sociale, à bord du Comité européen des droits sociaux* (pp. 39-62). Sakkoulas publications.
- Churchill, Robin R. y Khaliq, Urfan. (2004). The collective complaints system of the European Social Charter: an effective mechanism for ensuring compliance with economic and social rights? *European Journal of International Law*, 3(15), 417-456.
- Cullen, Holly. (2009). The collective complaints system of the European Social Charter: interpretative methods of the European Committee of Social Rights. *Human Rights Law Review*, 1(9), 61-93.
- Goerlich Peset, José María. (2021). (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial? *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(2), 4-17. <https://doi.org/10.20318/labos.2021.6044>.
- Guilmoto, Christophe Z. (2015). La masculinisation des naissances. État des lieux et des connaissances. *Conjoncture démographique. Institut National d'Études Démographiques*, 2(70), 201-264. https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/25088/199.popf2.2015.guilmoto.article.fr.pdf.
- Jimena Quesada, Luis. (2007). *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*. Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, Luis. (2014a). El último bastión en defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 29, 171-189. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>.

- Jimena Quesada, Luis. (2014b). Interdependence of the reporting system and the collective complaint procedure: indivisibility of human rights and indivisibility of guarantees. En Marilisa D'Amico y Giovanni Guiglia (Eds.), *European Social Charter and the Challenges of the XXI Centur* (143-158). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Jimena Quesada, Luis. (2014c). La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En Manuel José Terol Becerra y Luis Jimena Quesada (Dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales* (pp. 249-267). Tirant lo Blanch.
- Jimena Quesada, Luis. (2015). Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2015. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 26, 281-303.
- Jimena Quesada, Luis. (2016). La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio del *favor libertatis*. En Josep Fargas Fernández (Coord.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional* (pp. 59-84). Huygens.
- Jimena Quesada, Luis. (2017). Combating the gender pay gap in European Social Law. *Ciencia, Técnica y Mainstreaming Social*, 1, 5-15. <https://doi.org/10.4995/citecma.2017.7623>.
- Jimena Quesada, Luis. (2019a). La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales. Comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53.
- Jimena Quesada, Luis. (2019b). La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales. En Carlos Fernández de Casadevante Romani (Coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional* (pp. 125-167). Dykinson.
- Miñarro Yanini, Margarita. (2019). O novo impulso normativo contra a fenda retributiva entre sexos. *Revista Galega de Dereito Social (RGDS)-2.ª etapa*, 8, 129-166. <http://www.revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/70/161>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). «Brechas de género» y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección. *Igual. Revista de Género e Igualdad*, 3, 1-26. <http://dx.doi.org/10.6018/igual.386571>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021a). De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 135-163.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2021b). *El despido con causa irreal: ¿cambios augurables con la ratificación de la Carta Social Europea revisada? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla 3571/2020, de 19 de noviembre. Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 230-246.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2013). El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional. *Revista de Derecho Social*, 62, 93-122.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2014). *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*. Bomarzo.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2018). La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación «presente» a la ineludible integración «futura». *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, 137, 79-138.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2019). Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales

- de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 434, 153-158.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020a). Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 155-170.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020b). El procedimiento de reclamaciones colectivas como paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*). *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 57, 195-271.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020c). La crítica situación de los derechos sociales de la infancia, de las familias y de los emigrantes: Conclusiones 2019 del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6, 900-917.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020d). La intervención de las organizaciones nacionales en el sistema de informes de la Carta Social Europea: una cita insoslayable con las «observaciones». *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 55, 911-921.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2020e). Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en Espagne. *Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*, 1, 97-108. <https://www.europedeslibertes.eu/en/article/le-role-des-juges-nationaux-dans-lapplication-de-la-charte-sociale-europeenne-en-espagne-2/>.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021a). Conclusiones 2020 del Comité Europeo de Derechos Sociales: un imperio de discriminaciones sociales sobrevuela Europa. *Revista General de Derecho Europeo*, 54, 105-134.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021b). La autorización de la firma del protocolo de reclamaciones colectivas: un premio para los derechos sociales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58, 199-217.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021c). La Carta Social Europea guiando al sindicalismo. *Lavoro e Diritto*, 3, 1-15.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021d). La Carta Social Europea, *unde venis et quo vadis?* En Carmen Salcedo Beltrán (Dir.^a), *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria* (pp. 57-97). Tirant lo Blanch.
- Sâmboan, Cristina. (2013). The role of the European Committee for Social Rights (ECSR) in the european system for the protection of human rights. Interactions with ECHR jurisprudence. *Perspectives of Law and Public Administration*, 1(2), 228-233.
- Vandamme, François. (2021). L'application des droits sociaux: enjeux et controverses derrière le décor. Un témoignage. *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, 1(11), 694-732. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5706>.
- Vida Soria, José. (1992). El derecho social y la política de protección social del Consejo de Europa. En Juan Cruz Arellano Catalán (Coord.), *Convenios, resoluciones y recomendaciones del Consejo de Europa en materia social* (pp. XVII-XLVIII). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.



Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Granada

Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

jmonereo@ugr.es | <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

Extracto

El artículo 12 de la Carta Social Europea revisada pretende «garantizar» el derecho a la Seguridad Social como derecho social fundamental, no simplemente «declarar». Su lógica es, así, la propia del garantismo jurídico, otorgando plena garantía jurídico-institucional y exigibilidad y «justiciabilidad». Este artículo 12 impone a los Estados parte obligaciones jurídicas positivas de actuación. Dota a los derechos de Seguridad Social de un contenido mínimo esencial que remite al sistema internacional garantista multinivel de los derechos humanos. La fijación de un contenido esencial tiene efectivamente un carácter mínimo y no cerrado tampoco respecto a la «lista» o «enumeración» que contiene, porque los Estados parte pueden –y es deseable que lo hagan– mejorar este sistema de garantías sociales atendiendo a los principios de norma mínima y de progresividad en definición dinámica del «ideal de cobertura».

Palabras clave: Carta Social Europea; Seguridad Social; asistencia social; servicios sociales; derechos sociales; principio de progresividad.

Fecha de entrada: 17-05-2021 / Fecha de aceptación: 08-06-2021

Cómo citar: Monereo Pérez, José Luis. (2021). Los derechos de Seguridad Social en la Carta Social Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 129-146.



Social Security rights in the European Social Charter

José Luis Monereo Pérez

Abstract

Article 12 of the European Social Charter revises seeks to «guarantee» the right to Social Security as a fundamental social right, not simply to «declare». Its logic is thus the logic of legal guarantee, giving full legal-institutional guarantee and enforceability and «justiciability». This article 12 imposes «positive» legal obligations on States parties to act. It provides Social Security rights with a minimum essential content that refers to the international system of multi-level guarantees of human rights. The setting of an essential content is indeed minimal and not closed in relation to the «list» or «enumeration» it contains, because the States parties can –and are desirable to do– improve this system of social guarantees by meeting the principles of minimum standard and progressivity in a dynamic definition of the «ideal of coverage».

Keywords: European Social Charter; Social Security; social assistance; social services; social rights; principle of progressiveness.

Citation: Monereo Pérez, José Luis. (2021). Social Security rights in the European Social Charter. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 129-146.



Sumario

1. El marco normativo de referencia en la regulación de los derechos a la Seguridad Social y a la asistencia social: la garantía internacional multinivel de los derechos fundamentales
2. La garantía del derecho a la Seguridad Social en el sistema normativo interno de la CSEr. Estudio de conjunto
3. Configuración jurídica de los derechos de Seguridad Social

Referencias bibliográficas

El derecho desistirá cada vez más de su autocomplacencia y tendrá que reconocerse cual un miembro más en el sistema de los fines y medios sociales. Por consiguiente, si el derecho remite a valores que lo sobrepasan y a los que él sirve [...], entonces cobra también inmediata eficacia una transformación progresiva y ahora visiblemente acelerada del concepto de la justicia para los juristas.

Gustav Radbruch

1. El marco normativo de referencia en la regulación de los derechos a la Seguridad Social y a la asistencia social: la garantía internacional multinivel de los derechos fundamentales

Cualquier acercamiento a un derecho fundamental, y la Seguridad Social lo es, tiene que atender a su inserción dentro del sistema de garantía internacional multinivel de los derechos fundamentales, por un lado, y, por otro, han de extraerse las consecuencias interpretativas derivadas de las sinergias existentes dentro de ese conjunto más amplio que conocemos como sistema de protección social pública (que comprende o abarca de manera no solo destacada, sino también principal a la Seguridad Social dentro de su especificidad teleológica e institucional). En el sistema jurídico multinivel de garantía de los derechos fundamentales adquiere un papel central el principio de indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos fundamentales. Este principio enlaza con la idea-fuerza de que los derechos fundamentales presentan la unidad propia de su principio articular, que no es otro que la dignidad humana (Monereo Pérez, 2019). En los sistemas jurídicos actuales y en el pensamiento contemporáneo prevalece la idea de la indivisibilidad de los derechos fundamentales. Este principio de indivisibilidad presupone que los derechos fundamentales forman un bloque unitario y no pueden ser situados en una estricta relación jerárquica. Tales derechos se presuponen y necesitan mutuamente en orden a garantizar su plena efectividad jurídica social. Dicha indivisibilidad e interdependencia se debe vincular con la problemática de la efectividad de los derechos fundamentales y no solo en el sentido de eficacia jurídica en orden a la predisposición de mecanismos apropiados de tutela judicial efectiva, sino también, en ligazón inmanente con la misma, con la efectividad práctica de tales derechos (eficacia jurídica en la realidad; en el mundo de la vida donde el derecho se hace realmente «vivo»). Por otra parte, y en este marco analítico, es importante reconsiderar el llamado principio de no regresión o irregresividad del nivel alcanzado en la garantía de los derechos fundamentales (Monereo Pérez, 2017c; 2017b; 2017a).

La seguridad social y la asistencia social encuentran un amplio reconocimiento en el derecho internacional de los derechos humanos. Conforme al artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene

derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales materializa este derecho proclamado estableciendo que: «Los Estados parte en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social» (art. 9). Esta disposición se completa con otros preceptos que contemplan aspectos parciales de este derecho, como el artículo 12 («derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental») y el artículo 10 (protección a la familia, protección de las madres a través de prestaciones adecuadas de Seguridad Social). En la Observación general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, número 19 [Fuente: núm. 1 a núm. 19: HRI/GEN/1/ Rev.9 (Vol.I); núm. 20: E/C.12/GC/20; núm. 21: E/C.12/GC/21], se precisa que: «La formulación del art. 9 del pacto indica que las medidas que se utilicen [por los Estados] para proporcionar las prestaciones de Seguridad Social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano» (en la misma dirección se sitúan los arts. 35 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –CDFUE– y 11 de la Carta Social Europea revisada –CSEr–) (Monereo Pérez, 2012b; 2017a).

El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «Protocolo de San Salvador» (adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en decimotercero periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General), garantiza el «derecho a la Seguridad Social». Así, en su artículo 9 («Derecho a la Seguridad Social») se establece que: «1. Toda persona tiene derecho a la Seguridad Social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de Seguridad Social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la Seguridad Social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto». Hay que tener en cuenta también el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, adoptado en Quito –Ecuador– el 26 de enero de 1978, que es instrumento jurídico-iberoamericano que reconoce derechos a las personas, en principio directamente reclamables ante los tribunales de justicia (art. 3).

Sin embargo, a nivel internacional general la normativa más relevante es el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) número 102, «Norma mínima de Seguridad Social». Pero no son pocos los instrumentos de la OIT en materia de Seguridad Social (así, y sin ánimo de exhaustividad: Recomendación OIT núm. 67, sobre seguridad de los medios de vida, de 1944; Convenio OIT núm. 130 y Recomendación OIT núm. 134, sobre protección en diferentes ramas de la Seguridad Social: sobre asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad; Convenio OIT núm. 168 y Recomendación OIT núm. 176, sobre prestaciones

por desempleo; Convenio OIT núm. 128 y Recomendación OIT núm. 131, sobre prestaciones de vejez, de invalidez y sobrevivientes; Convenio OIT núm. 121 y Recomendación OIT núm. 121, sobre prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales; Convenio OIT núm. 118, Convenio OIT núm. 157 y Recomendación OIT núm. 167, Seguridad Social de los trabajadores migrantes; Convenio OIT núm. 183 y Recomendación OIT núm. 191, prestaciones de maternidad).

En el ámbito del derecho internacional regional europeo, y en particular en el marco del Consejo de Europa, adquieren una singular importancia las disposiciones sobre Seguridad Social recogidas en la CSEr¹. Así, entre otros preceptos, cabe destacar los siguientes.

El precepto, sin duda, central en materia de Seguridad Social en el sistema interno de la CSEr es el artículo 12, que consagra el «derecho a la Seguridad Social», siendo de realzar que se le impone un contenido mínimo legal, pues establece inmediatamente que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, las partes se comprometen: 1) a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social; 2) a mantener el régimen de Seguridad social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social; 3) a esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social; 4) a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las partes; b) la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes» (*in extenso*, Monereo Pérez, 2017a).

Por su parte, el artículo 13 de la CSEr reconoce el «derecho a la asistencia social y médica», estableciendo que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes se comprometen: 1) a velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguir estos por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado; 2) a velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales; 3) a disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios

¹ Para un estudio completo de este tratado del Consejo de Europa, dentro del sistema internacional multinivel de garantía de los derechos humanos, *vid.* Monereo Pérez y Monereo Atienza (2017); Salcedo Beltrán (2021b).

para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar; 4) a aplicar las disposiciones mencionadas en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo, en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953».

Según el artículo 14 de la CSEr, se garantiza el «derecho a los beneficios de los servicios sociales», disponiendo que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, las partes se comprometen: 1) a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social; 2) a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios». Por su parte, el artículo 16 de la CSEr reconoce el «derecho de la familia a protección social jurídica y económica», indicando que: «Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas».

Por su parte, el artículo 30 de la CSEr («derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social») establece que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las partes se comprometen: a) a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias; b) a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario»².

En el plano más específico relativo a una rama de protección de Seguridad Social especialmente relevante, el artículo 11 de la CSEr garantiza, a su vez, el «derecho a la protección de la salud», estableciendo que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1) eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3) prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes»³.

² Vid. Monereo Pérez y Ortega Lozano (2017); Monereo Pérez *et al.* (2021, pp. 69-101).

³ Vid. «Questions du Comité Européen des Droits Sociaux aux États parties à la Charte Sociale Européenne relatives au groupe thématique 2 "Santé, sécurité sociale et protection sociale" pour les conclusions

En un plano más específico, y refiriendo a colectivos especialmente vulnerables, el artículo 17 de la CSEr garantiza el «derecho de los niños y adolescentes a protección social, jurídica y económica»: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los niños y los adolescentes a crecer en un medio que favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales, las partes se comprometen a adoptar, bien directamente o bien en cooperación con las organizaciones públicas o privadas, todas las medidas necesarias y adecuadas encaminadas a: 1 a) garantizar a los niños y adolescentes, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus progenitores, los cuidados, la asistencia, la educación y la formación que necesiten, en particular disponiendo la creación o el mantenimiento de instituciones o servicios adecuados y suficientes a tal fin; b) a proteger a los niños y adolescentes contra la negligencia, la violencia o la explotación; c) a garantizar una protección y una ayuda especial por parte del Estado a los niños y adolescentes que se vean privados temporal o definitivamente del apoyo de su familia; 2 a) a garantizar a los niños y adolescentes una educación primaria y secundaria gratuita, así como a fomentar la asistencia regular a la escuela».

En la misma dirección de atribución de derechos a colectivos específicos, el artículo 23 de la CSEr garantiza el «derecho de las personas de edad avanzada a protección social», dotándolo de un contenido mínimo sustancial o esencial: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las partes se comprometen a adoptar o a promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas apropiadas orientadas, en particular: – a permitir que las personas de edad avanzada sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, mediante: a) recursos suficientes que les permitan llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural; b) la difusión de información sobre servicios y facilidades a disposición de las personas de edad avanzada, y las posibilidades que estas tienen de hacer uso de ellos; – a permitir a las personas de edad avanzada elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo, mediante: a) la disponibilidad de viviendas adaptadas a sus necesidades y a su estado de salud o de ayudas adecuadas para la adaptación de su vivienda; b) la asistencia sanitaria y los servicios que requiera su estado; – a garantizar a las personas de edad avanzada que vivan en instituciones con la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en las decisiones que afecten a sus condiciones de vida en la institución»⁴.

A su vez, el artículo 8 de la CSEr garantiza el «derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad», indicando que: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de

2021». <https://rm.coe.int/annex-1961-charte/16809efc6a> y <https://rm.coe.int/annexe-rev-charte-questions-2021/16809efaf0>. La posición del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en https://rm.coe.int/rap-cha-esp-33-2021/1680a1328b?fbclid=IwAR3ZUIWul1QT7hMd3sKzpmayXHW9_UfwweSC2uvOqaVODwY7FS5Fpf-PpKQ; <https://rm.coe.int/observation-interpretative-sur-le-droit-a-la-protection-de-la-sante-en/16809e3641>.

⁴ Vid. Monereo Pérez (2013a; 2019); Monereo Pérez y Maldonado Molina (2012; 2017); Monereo Pérez y Molina Navarrete (2002); Moreno Romero (2016); Salcedo Beltrán (2019).

las trabajadoras a la protección de la maternidad, las partes se comprometen: 1) a garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de 14 semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos; 2) a considerar como ilegal que un empleador despida a una mujer durante el periodo comprendido entre el momento en que comunique su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante ese periodo; 3) a garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo; 4) a regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos; 5) a prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo».

En el marco del derecho de la Unión Europea, las disposiciones principales son el artículo 34 de la CDFUE y el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores⁵. Conforme al artículo 34 de la CDFUE, se garantiza el derecho a la «Seguridad Social y ayuda social», precisando que: «1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales. 2. Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales. 3. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales»⁶. Por su parte, el punto 10 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, estableció como principio social del derecho comunitario (ya que nunca alcanzó a ostentar carácter normativo vinculante) que: «Todo trabajador de la Comunidad Europea tiene derecho a una protección social adecuada y, sea cual fuere su estatuto o la dimensión de la empresa en que trabaja, debe beneficiarse de niveles de prestaciones de Seguridad Social de nivel suficiente. Las personas que estén excluidas del mercado de trabajo, ya sea por no haber podido acceder a él, ya sea por no haber podido reinsertarse en el mismo, y que no dispongan de medios de subsistencia, deben poder beneficiarse de prestaciones y recursos suficientes adaptados a su situación personal». Así se reconoce el derecho a toda

⁵ Ampliamente, Monereo Pérez (1992; 1993).

⁶ Ampliamente, Monereo Pérez (2012a).

persona trabajadora de la Unión a una protección adecuada; y, más ampliamente, desde la perspectiva jurídica, se reconoce igualmente el derecho de las «personas» en situación de exclusión social a una protección suficiente y adecuada para afrontar esa situación de necesidad y de reinserción profesional. En el mismo sentido, los artículos 12 y 30 de la CSEr (en este sentido, Monereo Pérez *et al.*, 2021, pp. 69-101 y bibliografía allí citada).

Dentro del derecho internacional regional europeo, cabe destacar, por último, la regulación integral de la materia en el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 (revisado en 1988), con rango de tratado internacional (por cierto, ratificado por nuestro país, por Instrumento de ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social [núm. 048 del Consejo de Europa], hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964; BOE núm. 65/1995, de 17 de marzo de 1995), cuyo objetivo es establecer un estándar de protección capaz de superar las previsiones más generales –por universalistas– del Convenio OIT número 102, sobre norma mínima de Seguridad Social. En dicho Código Europeo se garantizan de manera flexible las prestaciones de asistencia médica, indemnizaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, prestaciones por vejez, prestaciones en los casos de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, prestaciones en caso de maternidad y las prestaciones en los casos de invalidez. Junto a ello, el artículo 73 –desarrollado por el Convenio Europeo de 14 de diciembre de 1972 de Seguridad Social y Acuerdo complementario para aplicación del mismo– establece que: «Las partes contratantes se esforzarán por regular, en un instrumento especial, las cuestiones que se refieran a la Seguridad Social de los extranjeros y de los emigrantes, en particular por lo que atañe a la igualdad de trato con los nacionales y a la conservación de los derechos adquiridos o en curso de adquisición».

En esta relación de normas internacionales que garantizan el derecho a la Seguridad Social y asistencial, destaca la centralidad del Convenio OIT número 102, de 28 de junio de 1952, sobre la Seguridad Social (norma mínima). Este convenio pretende establecer un estándar mínimo universal de protección del derecho social fundamental a la Seguridad Social. El Convenio OIT número 102 opera, en efecto, como un estándar (un ideal de cobertura) del modelo de acción protectora que deben dispensar los sistemas nacionales de Seguridad Social, estableciendo la obligación de los Estados que lo ratifiquen de recoger en su ordenamiento un número determinado y mínimo de prestaciones dirigidas a la reparación de las correspondientes contingencias protegidas. Su observancia generalizada permitiría una homogeneización de la materia de Seguridad Social en las legislaciones nacionales, al menos de los Estados más avanzados.

2. La garantía del derecho a la Seguridad Social en el sistema normativo interno de la CSEr. Estudio de conjunto

El artículo 12 de la CSEr garantiza el «derecho a la Seguridad Social», dotándolo del contenido mínimo esencial indicado *supra*.

Este artículo deberá ser interpretado en conexión con el artículo 11 de la CSEr, el cual garantiza el «derecho a la protección de la salud», y con el artículo 13, que garantiza el «derecho a la asistencia social y médica». Y, desde luego, más ampliamente, el artículo 12 de la CSEr deberá ser necesariamente objeto de interpretación atendiendo al estándar jurídico internacional que proclama y garantiza los derechos fundamentales entre los que se incluye, expresa y reiteradamente, el derecho a la Seguridad Social.

En la parte I de la CSEr se establece, en su apartado 12, como objetivo de la política de los Estados parte, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como de carácter internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios que enuncia, entre los que se encuentra el siguiente: «Todos los trabajadores y las personas a su cargo tienen derecho a la Seguridad Social» (en esa dirección interpretativa, Conclusiones XIX-2 (2009) del CEDS sobre «La aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global»).

En el anexo a la CSEr se establece en relación con el artículo 12, párrafo 4, que: «Las palabras "sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos" que figuran en la introducción a ese párrafo se interpretarán en el sentido de que, si se trata de prestaciones que existan independientemente de un sistema contributivo, una parte podrá exigir que se cumpla un periodo obligatorio de residencia antes de conceder esas prestaciones a los nacionales de otras partes».

Por otra parte, este precepto debe ponerse en relación con el Código Europeo de Seguridad Social, de 16 de abril de 1964 (Instrumento de ratificación, 7 de marzo de 1995, publicado en el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1995, haciendo uso de la autorización prevista en el artículo 94.1 de la Constitución). En el preámbulo de dicho instrumento jurídico se indica nítidamente que «el objetivo del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus miembros con el fin, especialmente, de favorecer su progreso social», y atendiendo a que «uno de los objetivos del programa social del Consejo de Europa consiste en estimular a todos los miembros a que desarrollen más su sistema de Seguridad Social». En una perspectiva pragmática se reconoce igualmente «la oportunidad de armonizar las cargas sociales de los países miembros». Pero desde el punto de vista de la lógica social se expresa el convencimiento de que «es conveniente establecer un Código de Seguridad Social a un nivel más elevado que la norma mínima definida en el Convenio Internacional del Trabajo número 102 relativo a la norma mínima de Seguridad Social». No es baladí hacer notar que el mismo preámbulo subraya que la idea y el contenido de elaborar un Código Europeo de Seguridad Social se ha realizado «con la colaboración de la Oficina Internacional del Trabajo».

De este modo, el Código Europeo de Seguridad Social del Consejo de Europa garantiza un estándar elevado (y más avanzado que el consagrado en el Convenio Internacional del Trabajo núm. 102 de la OIT) superando el «ideal de cobertura» de la Seguridad Social hasta entonces alcanzado en el derecho internacional. El catálogo de prestaciones es muy completo comprendiendo: la asistencia sanitaria (parte II), la indemnización por enfermedad (parte III), las prestaciones por desempleo (parte IV), las prestaciones de vejez (parte V), las prestaciones en

caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional (parte VI), las prestaciones familiares (parte VII), las prestaciones de maternidad (parte VIII), las prestaciones de invalidez (parte IX), las prestaciones de supervivencia (parte X); incluye algunas partes generales: disposiciones generales (parte I), cálculo de los pagos periódicos (parte XI), disposiciones comunes (parte XII), disposiciones diversas (parte XIII), disposiciones finales (parte XIV); aparte de anejo y adendas 1 y 2 (el anexo del código forma parte integrante del mismo ex art. 83). En total se trata de un texto bastante exhaustivo en el que cada prestación o grupo de prestaciones tiene un amplio desarrollo con contenidos mínimos precisos, aunque con flexibilidad respecto a la elección de las partes para su aprobación y ratificación por los Estados miembros del Consejo de Europa. Cuenta con un total de 83 artículos, sin tener en cuenta los propios del anejo y adendas 1 y 2.

3. Configuración jurídica de los derechos de Seguridad Social

En la formulación normativa de este derecho social interesa destacar los siguientes elementos de configuración jurídica y de política del derecho social:

1. La norma pretende «garantizar» el derecho a la Seguridad Social como derecho social fundamental, no simplemente «declarar». Su lógica es, así, la propia del garantismo jurídico, otorgando plena garantía jurídico-institucional y exigibilidad y «justiciabilidad» jurídica. Se impone a los Estados parte obligaciones jurídicas positivas de actuación. Con todo, el precepto parte de obligar a que se materialice el derecho (inicialmente contemplado como principio u objetivo de la política social en la parte I CSEr) en términos jurídicos y de política del derecho, como objetivo de la política social de los Estados parte o signatarios de la Carta.
2. El derecho a la Seguridad Social enlaza en sí con la idea-fuerza del trabajo «decente» o digno (en otras palabras más expresivas, «trabajar con la plenitud de derechos»), y con la misma garantía del derecho al trabajo «decente». Por tanto, forma parte integrante del bloque o grupo normativo que garantiza trabajo «decente» entendido como trabajo con derechos. El trabajo decente no se vinculaba exclusivamente con derechos que se ejercitan directamente en el marco de las relaciones laborales o del contrato de trabajo, sino que también abarca o comprende la garantía de los derechos de Seguridad Social y, en general, de protección social pública. En este sentido, interesa recordar que a partir del constitucionalismo democrático-social con Estado social de derecho se ha ido configurando todo un estatuto jurídico de protección social vinculado al empleo en una «sociedad del trabajo», es decir, alrededor de la situación jurídica de las personas que prestan servicios profesionales por cuenta ajena y en condiciones de dependencia o subordinación jurídica. Pero también con independencia del empleo, es decir, como estatuto protector de la persona en sí misma considerada.
3. En cuanto a la titularidad del derecho a la Seguridad Social en el sistema normativo interno de la CSEr, se configura como derecho de titularidad individual a prestaciones públicas (se hace referencia como sujetos titulares a los «trabajadores» y «las personas a su cargo»; parte I, apdo. 27, como objetivo de las políticas nacionales de Seguridad Social).

Por otra parte, este instrumento normativo se inclina por una visión clásica y tradicional del ámbito subjetivo del régimen de Seguridad Social al vincular el derecho estrictamente a las personas trabajadoras y al derecho derivado de las personas a su cargo (parte I, apdo. 27). Ello no obstante, el artículo 12 (parte II, que sí lo configura como un derecho en sentido estricto) no presenta una limitación tan nítida de su ámbito subjetivo e incluso hace referencia, con amplitud, a «las personas protegidas» (art. 24.4 a) CSEr). Por lo demás, los Estados parte adquieren imperativamente el compromiso de «esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social». Actualmente –y desde hace tiempo–, los sistemas contemporáneos de Seguridad Social han dejado de configurarse exclusivamente como una «Seguridad Social laboral» (o Seguridad Social pensada solo para las personas trabajadoras y las personas a su cargo) y tienden a convertirse –o expandirse– en una «Seguridad Social de orientación universalista», es decir, como un derecho social de ciudadanía general (paradigmáticamente, el art. 41 de la Constitución española dispone que: «Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad [...]»). Es criticable que no se haya aprovechado la revisión de la CSE en 1996 para ampliar el alcance subjetivo del derecho a la Seguridad Social en el sentido más universalista que ya tienen reconocidos la mayoría de los Estados parte más avanzados del Consejo de Europa.

4. La fijación de un contenido esencial tiene un carácter mínimo y no cerrado tampoco respecto a la «lista» o «enumeración» que contiene, toda vez que, por supuesto, los Estados parte pueden –y es deseable que lo hagan– mejorar este sistema de garantías mínimo atendiendo a los principios de norma mínima y de progresividad en la definición dinámica del «ideal de cobertura» (Monereo Pérez, 2007; 2013b). Ya resulta muy expresivo en relación con ello que el artículo H de la parte V, relativa a las «Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales», deje constancia de ese principio de norma mínima, que admite y respeta las normas más favorables establecidas en los derechos nacionales. Así se indica que: «Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas».

En el sistema internacional garantista multinivel de los derechos humanos (desde el derecho internacional general al derecho regional europeo del Consejo de Europa y de la Unión Europea)⁷ se impone una interpretación hermenéutica del precepto que atiende a su finalidad (incluida la interpretación favorable a la eficacia del derecho social fundamental) y al dato jurídico de su misma inclusión en dicho sistema de garantías multinivel.

5. Del artículo 12 de la CSEr –y de las normas concordantes en el mismo instrumento normativo– se infiere que el derecho a la Seguridad Social implica que cada uno de los Estados parte tiene que asumir obligaciones tanto en el marco de las políticas públicas nacionales

⁷ Por todos/as, ampliamente, la obra colectiva de Monereo Pérez y Monereo Atienza (2017); asimismo, Monereo Pérez (2009).

como en el ámbito estrictamente jurídico del derecho interno (pues la norma pretende garantizar, y, por tanto, juridificar, el derecho a la Seguridad Social) para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social como derecho de estructura jurídica compleja, pudiéndose hablar de «derechos de Seguridad Social» (reténgase que el propio art. 12, apdo. 4 a) y b), CSEr hace referencia expresa en plural a los «derechos de Seguridad Social»); dotándolo, además, de un contenido mínimo esencial. En tal sentido, se establece una «lista» o enumeración de compromisos de política del derecho y también de carácter estrictamente jurídico. Pero, como se ha dicho antes, no se trata de una enumeración cerrada, sino abierta (es decir, de textura abierta), como se deduce de la misma interpretación del sistema interno de la CSEr (así, señaladamente, su conexión con el derecho a la protección de la salud ex art. 11, art. 8.1, prestaciones de la Seguridad Social como elemento integrante del «derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad», art. 16, art. 19.20, art. 23, o el art. 27.1 b), etc.). En cuanto a la «lista» o enumeración abierta (no cerrada, se insiste) de garantías, las prioridades que contienen mandados explícitos a los Estados parte pueden agruparse del modo siguiente:

- a) Se impone a los Estados parte la obligación de establecer o mantener un régimen de Seguridad Social. En efecto, conforme al artículo 12 de la CSEr, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad, los Estados parte se comprometen: «1) a establecer o mantener un régimen de Seguridad Social». El precepto contempla dos posibilidades: la de establecer «*ex novo*» un régimen de Seguridad Social propiamente dicho (que en cuanto tal es un régimen público o «régimen legal» que va más allá de los «seguros sociales» y de los sistemas de previsión social) en el caso de que no lo tenga (es posible que se contemple un conjunto incompleto o imperfecto de seguros sociales o de previsión social); o bien, en caso de que ya se disponga de él, se impone su mantenimiento evitando que pueda ser desmantelado o que se puedan producir regresiones contrarias al estándar consagrado en el Código Europeo de Seguridad Social, al cual se hizo alusión. Debe subrayarse que el artículo 12 de la CSEr presupone que el régimen de Seguridad Social es por su propia lógica interna e intrahistoria un «régimen público» y en constante evolución.
- b) No se trata sin más de establecer o de mantener cualquier régimen de Seguridad Social, sino un régimen (régimen público de Seguridad Social) que respete el estándar mínimo (y como tal mejorable) establecido por el propio Consejo de Europa en el Código Europeo de Seguridad Social. En este sentido, se establece que, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, los Estados parte se comprometen: «2) a mantener el régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos [principio de norma mínima estándar, mejorable por las legislaciones de los Estados miembros], al exigido para la ratificación del Código Europeo de Seguridad Social». Este compromiso supone que los Estados parte no pueden establecer medidas que supongan una regresividad respecto del estándar mínimo consagrado en dicho código (adviértase que, en la versión originaria de la CSE, aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961, ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980, en el art. 12.2 hacía referencia exclusivamente

al Convenio OIT núm. 102, sobre normas mínimas de Seguridad Social). El estándar mínimo incorpora en sí mismo –dentro de su flexibilidad– un margen de libertad de organización de los sistemas de Seguridad Social por parte de los Estados miembros –en esa dirección, meramente declarativa, decisión sobre el fondo Unión de Magistrados del Ministerio Público (SMMP) v. Portugal, reclamación colectiva núm. 43/2007, de 3 de diciembre de 2008–.

- c) La obligación que se impone a los Estados parte va más allá de garantizar el establecimiento o mantenimiento de un régimen público o sistema de Seguridad Social satisfactorio que como mínimo asegure el estándar avalado en el Código Europeo de Seguridad Social, sino que adicionalmente obliga a que ese carácter satisfactorio se traduzca y materialice mejorando progresivamente la protección dispensada, adaptándose a las exigencias cambiantes de la cobertura de las necesidades sociales (nuevos riesgos y nuevas situaciones de necesidad) merecedoras de protección como derechos de Seguridad Social. Esto significa que el «ideal de cobertura» de la Seguridad Social por su misma historicidad y carácter dinámico es cambiante y siempre mejorable tanto respecto a las nuevas necesidades objeto de cobertura, como también en relación con la mejora de la intensidad o calidad de las prestaciones dispensadas por régimen público de Seguridad Social (Monereo Pérez, 2002; 2007; 2013a).

El necesario respeto al ideal de cobertura prestacional establecido en el Código Europeo de Seguridad Social es reiterado con firmeza en la decisión sobre el fondo Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales v. Finlandia, reclamación colectiva número 88/2012, de 9 de septiembre de 2014; Conclusiones 2002, Declaración de interpretación-artículo 12.1, 12.2.2, 12.3; Declaración de interpretación sobre el artículo 12, Conclusiones XVI-1. Esto es a lo que obliga la garantía de efectividad del derecho a la Seguridad Social contenida en el apartado 3 del artículo 12 de la CSEr. Es evidente que aquí se consagra al máximo nivel normativo el principio de progresividad en la Seguridad Social (Monereo Pérez, 2017d; Salcedo Beltrán, 2021a, pp. 9-11; Van Ginneke, 2007) –*vid.* decisión sobre el fondo Federación de pensionados empleados de Grecia (IKA-ETAM) c. Grecia, reclamación colectiva núm. 76/2012, de 7 de diciembre de 2012–. Por lo demás, cualquier restricción de los derechos sociales fundamentales garantizados por la CSEr debe estar sujeta al principio de proporcionalidad y al criterio de inversión de la carga de la prueba sobre las motivaciones causales de fondo que pudieran razonablemente llevar a una determinada restricción, siempre que en cualquier caso se garantice un nivel de protección satisfactorio según el tipo y naturaleza de la prestación de Seguridad Social afectada de que se trate. La Seguridad Social contributiva tiene una lógica propia de sustitución de rentas de activo y de mantenimiento del nivel medio de vida alcanzado durante la vida activa que debe ser preservada razonablemente atendiendo el principio de suficiencia prestacional (Conclusiones XX-2 de 8 de diciembre de 2017-España sobre el artículo 12.1, periodo de 1 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2015; Conclusiones XXI-1 de 8 de diciembre de 2017-España sobre el artículo 12.2, periodo de 1 de enero de 2012 a 31 de diciembre de 2015).

- d) La obligación de celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales (u otros medios instrumentales) entre los Estados parte en materia de Seguridad Social. Precisamente para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social, los Estados parte se comprometen: «4) a adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir: a) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieran efectuar entre los territorios de las partes; b) la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes».

La finalidad de esta garantía de efectividad se resuelve en procurar que exista una cierta armonización o aproximación entre las legislaciones de los Estados miembros, a partir del estándar mínimo garantizado por el Código Europeo de Seguridad, y con ello también garantizar los derechos de las personas y su movilidad en el espacio social europeo y la igualdad de trato con los ciudadanos/as nacionales. Por ello, este apartado es particularmente extenso y detallado en relación con los tres precedentes del mismo artículo. Esta garantía de efectividad se estructura en torno a dos objetivos: la garantía del principio de igualdad de trato y la conservación de los «derechos de Seguridad Social» entre los/las nacionales que se desplazan de los distintos países miembros en materia de Seguridad Social, por un lado, y, por otro, la garantía de conservación, mantenimiento y restablecimiento de los «derechos de Seguridad Social» en los desplazamientos de las personas protegidas, a través de técnicas como (se da a entender que puede ser a través de otros medios instrumentales) la acumulación de los periodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada uno de los Estados parte (Conclusiones I-Declaración sobre el artículo 12.4, de 1 de enero de 1965 a 31 de diciembre de 1967; Conclusiones III-Declaración de interpretación sobre el artículo 12.4, de 1 de enero de 1970 a 31 de diciembre de 1971; Conclusiones 2004-Declaración de interpretación sobre el artículo 12.4).

Si se observa con atención, se trata igualmente de favorecer, a la vez que los derechos de Seguridad Social de las personas desplazadas, la circulación de personas en el espacio económico y geopolítico europeo en el que se construye el Consejo de Europa.

- e) Respecto a la garantía de efectividad indicada, cabe destacar el mecanismo de control reformado que se introdujo el Protocolo de reclamaciones colectivas⁸.

⁸ Un detenido análisis en Salcedo Beltrán (2020) y las referencias allí realizadas.

Referencias bibliográficas

- Ginneke, Woutter van. (2007). Extender la cobertura de la Seguridad Social: conceptos, tendencias globales y cuestiones de políticas. *Revista Internacional de Seguridad Social*, 2-3(60), 43-64.
- Monereo Pérez, José Luis. (1992). Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (I). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 56, 843-898.
- Monereo Pérez, José Luis. (1993). Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (y II). *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 57, 61-90.
- Monereo Pérez, José Luis. (2002). El derecho a la Seguridad Social. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (Dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España* (pp. 1.425-1.524). Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2007). *Los orígenes de la Seguridad Social en España: José Maluquer y Salvador*. Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2009). *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*. Bomarzo.
- Monereo Pérez, José Luis. (2012a). Artículo 34. Seguridad social y ayuda social. En Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (pp. 893-938). Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2012b). Artículo 35. Protección de la salud. En Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (pp. 939-988). Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2013a). *Ciudadanía y derechos de las personas mayores*. Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2013b). Los (pre) supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo. En Gloria Rojas Rivero (Coord.), *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del sistema de protección social*. Bomarzo.
- Monereo Pérez, José Luis. (2017a). Derechos a la Seguridad Social (artículo 12). En José Luis Monereo Pérez y Cristina Monereo Atienza (Dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 629-659). Comares.
- Monereo Pérez, José Luis. (2017b). El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. *Revista Derecho del Trabajo*, 15, 21-68.
- Monereo Pérez, José Luis. (2017c). *La metamorfosis del derecho del trabajo*. Bomarzo.
- Monereo Pérez, José Luis. (2017d). Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 45.
- Monereo Pérez, José Luis. (2019). *La dignidad del trabajador. La dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*. Laborum.
- Monereo Pérez, José Luis y Maldonado Molina, Juan Antonio. (2012). Artículo 25. Derechos de las personas mayores. En Cristina Monereo Atienza y José Luis Monereo Pérez (Dirs.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta*

de los derechos fundamentales de la Unión Europea (pp. 557-572). Comares.

Monereo Pérez, José Luis y Maldonado Molina, Juan Antonio. (2017). Derecho de las personas con edad avanzada a la protección social (artículo 23). En José Luis Monereo Pérez y Cristina Monereo Atienza (Dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 821-833). Comares.

Monereo Pérez, José Luis y Molina Navarrete, Cristóbal. (2002). El derecho a la protección de las personas de la tercera edad. En José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (Dirs.), *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España* (pp. 1.803-1.872). Comares.

Monereo Pérez, José Luis y Monereo Atienza, Cristina (Dirs.). (2017). *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*. Comares.

Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2017). Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30). En José Luis Monereo Pérez y Cristina Monereo Atienza (Dirs.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea* (pp. 925-958). Comares.

Monereo Pérez, José Luis; Rodríguez Iniesta, Guillermo y Trillo García, Andrés Ramón. (2021). *El ingreso mínimo vital en el sistema de protección social. Estudio de su configuración y régimen jurídico*. Laborum.

Moreno Romero, Francisca. (2016). *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*. Comares.

Salcedo Beltrán, Carmen. (2019). La contribución del Consejo de Europa a la protección jurídica de las personas de edad avanzada. En *Por una pensión de jubilación adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (Madrid, 17-18 de octubre de 2019) (pp. 277-296). Laborum.

Salcedo Beltrán, Carmen. (2020). El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 57.

Salcedo Beltrán, Carmen. (2021a). Conclusiones 2020 del Comité Europeo de Derechos Sociales: un imperio de discriminaciones sociales sobrevuela Europa. *Revista General de Derecho Europeo*, 54, 1-20.

Salcedo Beltrán, Carmen (Dir.^a). (2021b). *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soría*. Tirant lo Blanch.



La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea

Xosé Manuel Carril Vázquez

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de A Coruña*

lucasius@udc.gal | <https://orcid.org/0000-0001-9860-8097>

Extracto

Este trabajo analiza el reiterado incumplimiento por parte de España de ciertos derechos laborales, tanto individuales como colectivos, regulados en la Carta Social Europea, de acuerdo con la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales. Se trata de incumplimientos que son, en gran medida, consecuencia de reformas economicistas de nuestro derecho del trabajo. La decisión de ratificar la Carta Social Europea revisada y el Protocolo adicional a la Carta Social que establece un sistema de reclamaciones colectivas tendrá mayor impacto si España decide poner fin a las causas que determinan sus incumplimientos y su falta de ejemplaridad, ajustándose a lo indicado por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Palabras clave: España; Carta Social Europea; derechos laborales; incumplimientos; Comité Europeo de Derechos Sociales.

Fecha de entrada: 12-05-2021 / Fecha de aceptación: 23-05-2021

Cómo citar: Carril Vázquez, Xosé Manuel. (2021). La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales acerca del incumplimiento por España de derechos laborales elementales regulados en la Carta Social Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 147-174.



The case-law of the European Committee of Social Rights on the violation by Spain of elementary labor rights ruled in the European Social Charter

Xosé Manuel Carril Vázquez

Abstract

This work analyses the repeated violation by Spain of certain labour rights, both individual and collective, ruled in the European Social Charter, according to the European Committee of Social Rights. These are non-compliances which are largely the result of economicist reforms of our Labour Law. The decision to ratify the European Social Charter (revised) and the Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints will have a greater impact if Spain decides to put an end to the causes that determine its non-compliances and its lack of exemplarity, in line with the European Committee of Social Rights.

Keywords: Spain; European Social Charter; labour rights; non-compliance; European Committee of Social Rights.

Citation: Carril Vázquez, Xosé Manuel. (2021). The case-law of the European Committee of Social Rights on the violation by Spain of elementary labor rights ruled in the European Social Charter. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 147-174.

Sumario

1. Tres acotaciones materiales como punto de partida metodológico
 - 1.1. Lo que ha propiciado el control del Comité Europeo de Derechos Sociales
 - 1.2. La versión oficiosa publicada en el BOE
 - 1.3. Las disposiciones del grupo 3, sobre «Derechos laborales»
2. La no conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 2, en materia de tiempo de trabajo y descanso
 - 2.1. Condiciones de trabajo equitativas
 - 2.2. El derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo no existe con una jornada de trabajo semanal superior a 60 horas
 - 2.3. El derecho a vacaciones anuales retribuidas no siempre está garantizado
3. La no conformidad con lo establecido en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 4, en materia de remuneración
 - 3.1. Un salario que no garantiza un nivel de vida decente
 - 3.2. Sin garantizar un aumento de la remuneración o un aumento del tiempo libre compensatorio por la realización de horas extraordinarias
 - 3.3. Sin plazo razonable de preaviso en caso de extinción del contrato de trabajo
4. La no conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 4 del artículo 6, en materia de negociación colectiva
 - 4.1. El derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, incluido el ejercicio de la huelga
 - 4.2. La inaplicación de las condiciones pactadas en convenios colectivos por decisión empresarial unilateral
 - 4.3. La imposición de arbitraje obligatorio en las huelgas por parte del Gobierno
5. La oportunidad que supone la ratificación de la CSEr y del Protocolo de reclamaciones colectivas

Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo ha sido realizado al amparo del proyecto estatal de investigación PDI2019-108189GB-I00, otorgado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

1. Tres acotaciones materiales como punto de partida metodológico

1.1. Lo que ha propiciado el control del Comité Europeo de Derechos Sociales

La primera acotación material viene configurada por el texto jurídico del Tratado Internacional del Consejo de Europa que, en el momento en que se redacta este escrito, resulta aplicable en España y determina el alcance del control que, siempre sobre ella, ha realizado el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS). Como se sabe, España solamente ha ratificado la Carta Social Europea (CSE) en su versión originaria, mediante Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980¹, y el Protocolo adicional de 1988, mediante Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000², cuyas normas jurídicas son, en consecuencia, las únicas vinculantes y de aplicación directa en España y que han propiciado el control del CEDS. En cambio, no lo son –y, por lo tanto, no vinculan, siempre en el momento de elaboración de este trabajo– las contenidas en el Protocolo de modificación, firmado en Turín el 21 de octubre de 1991, en el Protocolo adicional a la CSE estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas, firmado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, y en la Carta Social Europea revisada (CSEr), firmada también en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, en la medida en que entran de lleno en lo dispuesto por el título preliminar del Código Civil (CC) cuando establece en su artículo 1 que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el "Boletín Oficial del Estado"»³.

1.2. La versión oficiosa publicada en el BOE

La segunda acotación material tiene que ver con el hecho de que en el contenido de los dos mencionados instrumentos de ratificación solamente consta como texto publicado una traducción española de los tratados internacionales ratificados, que no cabe más remedio que calificar como una mera versión oficiosa⁴. Y ello, desde el momento en que dichos

¹ BOE de 26 de junio de 1980.

² BOE de 25 de abril de 2000.

³ *Vid.* su apartado 5.

⁴ Al respecto, Teixeira Alves (2014, p. 24).

instrumentos de ratificación prescinden de las versiones auténticas en inglés y francés –a diferencia de lo que se ha hecho tanto en Portugal como en Italia, donde las traducciones portuguesa e italiana sí figuran acompañadas de la publicación de la versión auténtica correspondiente⁵–, que son las únicas lenguas oficiales del Consejo de Europa, sin caer en la cuenta de que las mismas son las que prevalecen en caso de posibles discrepancias o contradicciones entre la versión oficiosa española y las versiones auténticas (u oficiales) inglesa y francesa. De ahí que, siempre para la realización del presente trabajo, esté más que justificado manejar el texto de las dos versiones oficiales de la CSE de 1961 (u originaria) y del Protocolo adicional de 1988.

Sobre esta concreta cuestión ha reparado la Confederación Intersindical Galega (o CIG) en sus alegaciones al Informe número 29 sobre cumplimiento de la CSE (grupo 2, sobre Salud, Seguridad Social y Protección Social), presentado por el Gobierno de España en octubre de 2016⁶, pero sin que el CEDS se haya pronunciado al respecto, al menos en sus Conclusiones XXI-2 (2017), de 18 de enero de 2018⁷. A modo de «advertencia previa [*previous warning*]», lo hacía con el fin de poner de manifiesto «la necesidad de corregir este error jurídico-diplomático [*the need to correct this legal-diplomatic mistake*]», señalando al respecto que «una correcta ratificación de la citada Carta por parte del Estado español exige que su publicación oficial sea en las versiones auténticas (es decir, en una de estas dos lenguas oficiales o en ambas) y no, como se ha realizado, en una traducción al español (es decir, en una versión no oficial) [*a correct ratification of the aforementioned Charter by the Spanish State demands that its official publication to be in the authentic versions (that is, in either or both of these two official languages) and not, as has been made, in a translation into Spanish (that is, in an unofficial version)*]».

Y para ello recurría, además, al «estudio comparado de lo que han hecho otros Estados miembros del Consejo de Europa [*comparative study of what other States-members of the Council of Europe have done*]», que –siempre según esta organización sindical, que es la más representativa y con mayor implantación en Galicia– muestra que «el Estado español no ha actuado correctamente [*the Spanish State has not acted correctly*]», porque, «por ejemplo, y a diferencia de España, Portugal ha publicado en su "Diário Oficial da República" la auténtica (u oficial) versión en francés de la Carta Social Europea (además de una 3.^a versión no oficial en portugués), Italia ha publicado en su "Gazzetta Ufficiale della Repubblica" solo la versión auténtica (u oficial) en francés, y Francia ha publicado en su "Journal officiel de la République" la versión auténtica (u oficial) en francés [*for example, and unlike in Spain, Portugal has published in its "Diário Oficial da República" the authentic (or official) version in French of the European Social Charter (in addition to an unofficial version in Portuguese), Italy has published in its "Gazzetta Ufficiale della Repubblica" only the authentic*».

⁵ *Ibidem*, pp. 23-24 y 25-26.

⁶ <https://rm.coe.int/comments-from-cig-on-the-29th-report-from-spain/168075bea7>.

⁷ <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/spain>.

(or official) version in French, and France has published in its "Journal officiel de la République" the authentic (or official) version in French]», evitando así «problemas de interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, derivados del uso interno de una versión no oficial [problems of interpretation and application of the European Social Charter, derived from the internal use of a non-official version]».

No conforme con la CIG, el Gobierno de España sostiene –en las respuestas a sus alegaciones⁸– que esta «observación... carece de todo sentido [observation... is completely meaningless]». Al amparo de lo establecido en la Constitución española (CE) en su artículo 3 y en el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado»⁹, el Gobierno de España defiende que es «lógico y legítimo que las publicaciones que se realicen en el diario oficial de un Estado, se realicen en el idioma oficial de ese Estado [logical and legitimate that the publications that are made in the official journal of a State, be made in the official language of that State]», especialmente «cuando el propósito de las publicaciones en el BOE es dar a conocer a los ciudadanos residentes en territorio nacional las leyes, disposiciones y actos que resulten de aplicación en el territorio del Estado [when the purpose of the publications in the BOE is to make known to the citizens residing in national territory the laws, dispositions and acts that result of application in the territory of the State]», y, con ello, permitir «su efectivo cumplimiento a los ciudadanos residentes en el mismo [its effective fulfilment to the citizens residing in the same]», sin perjuicio de añadir que «cualquier ciudadano con conocimiento de otros idiomas tiene a su disposición... todos los textos normativos y publicaciones, en otros idiomas de los Estados miembros, en la página web del Consejo de Europa [any citizen with knowledge of other languages has at his disposal... all the normative texts and publications, in other languages of the member States, in the official web page of the Council of Europe]», para «no hacer daño a sus derechos [no harm is done to his/her rights]».

Nada dice el Gobierno de España en relación con lo que hicieron al respecto, siempre como Estados miembros del Consejo de Europa, Portugal e Italia, quizá por el hecho de que considera que es la ciudadanía la responsable última del cumplimiento de las obligaciones que impone la CSE, que es lo que se desprende no solo de sus respuestas –recuérdese, «permitir su efectivo cumplimiento a los ciudadanos residentes en el mismo»–, sino también de la cita que hace del artículo 6.3 del CC (cuando en su inciso primero dispone que «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento») y del citado artículo 3.1 de la CE (cuando dispone, en su inciso primero, que «El castellano es la lengua española oficial del Estado», y en su inciso segundo, que «Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla»).

⁸ Vid. <https://rm.coe.int/response-from-the-government-of-spain-to-the-comments-from-cig-on-29th/16807661de>.

⁹ BOE de 12 de febrero de 2008.

1.3. Las disposiciones del grupo 3, sobre «Derechos laborales»

En fin, la tercera de las acotaciones materiales trae causa de los derechos objeto de estudio aquí, que son los que figuran incorporados en el grupo 3, rotulado «Derechos laborales [*Labour rights*]», de acuerdo con la decisión adoptada por el Comité de Ministros en su sesión 963, celebrada el 3 de mayo de 2006 (CM (2006)53)¹⁰, en virtud de la cual las disposiciones de la CSE (la original de 1961 y la revisada de 1996) se dividen en «cuatro grupos temáticos [*four thematic groups*]», con el fin de que los Estados presenten su informe anual sobre las disposiciones relativas a uno de los cuatro grupos temáticos, de modo que cada disposición de la Carta (ya sea la Carta de 1961 o la Carta revisada de 1996) se informa una vez cada 4 años. Al margen de que no todos los derechos laborales de la CSE están incluidos en el citado grupo temático –en la medida en que hay derechos laborales (o derechos de contenido laboral, si se prefiere) que figuran en los otros tres grupos temáticos, que es el caso, por ejemplo, de los derechos relacionados con el tiempo de trabajo y la remuneración de aquellas personas trabajadoras que son menores y del derecho a la no discriminación de las personas trabajadoras emigrantes en lo que tiene que ver precisamente con la remuneración y otras condiciones de trabajo, con la afiliación a organizaciones sindicales y con el disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos–, tales derechos se contienen en nueve concretos artículos, que son el artículo 2 («Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas [*The right to just conditions of work*]»), el artículo 4 («Derecho a una remuneración justa [*The right to a fair remuneration*]»), el artículo 5 («Derecho de sindicación [*The right to organise*]»), el artículo 6 («Derecho a la negociación colectiva [*The right to bargain collectively*]»), el artículo 21, que se corresponde con el artículo 2 del Protocolo adicional de 1988 («Derecho de información y consulta [*Right to information and consultation*]»), el artículo 22, que se corresponde con el artículo 3 del Protocolo adicional de 1988 («Derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral [*Right to take part in the determination and improvement of the working conditions and working environment*]»), el artículo 26, añadido por la CSEr («Derecho a la dignidad en el trabajo [*The right to dignity at work*]»), el artículo 28, añadido por la CSEr («Derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les otorgarán [*The right of workers' representatives to protection in the undertaking and facilities to be accorded to them*]») y el artículo 29, añadido por la CSEr («Derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo [*The right to information and consultation in collective redundancy procedures*]»). Pero, de todos ellos, interesan aquí solamente aquellos derechos laborales que vinculan a España –los contenidos en la CSE de 1961 (u originaria) y en el Protocolo adicional de 1988– y que se vienen incumpliendo de forma reincidente por parte de aquella, siempre según las conclusiones del CEDS¹¹ –como

¹⁰ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7f05.

¹¹ Tal y como explica Jimena Quesada (2015, p. 104), el citado Comité realiza sus funciones a través de dos procedimientos muy concretos de control, que son el de informes y el de reclamaciones colectivas,

órgano que asume la función de que se cumpla la citada Carta Social¹²-, hasta el punto de que son los que justifican su falta de ejemplaridad y que se haya señalado, con razón, que la promesa de cumplimiento que figura en los instrumentos de ratificación españoles tanto de la Carta como del Protocolo («prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes») se preste a la ironía¹³.

2. La no conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 3 del artículo 2, en materia de tiempo de trabajo y descanso

2.1. Condiciones de trabajo equitativas

La jornada de trabajo (diaria, semanal y anual), como tiempo que dedica a cumplir su contrato de trabajo (al día, a la semana y al año) la persona que trabaja, está necesariamente limitada por el tiempo de descanso (diario, semanal y anual) al que la misma tiene derecho. Se trata de una de las condiciones de trabajo (o de ejecución de la prestación laboral) sobre la que repara expresamente el artículo 2 de la CSE de 1961 (u originaria) –siempre como una de las condiciones de trabajo equitativas– en su apartado 1, a través del cual pretende garantizarse el «derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo [*right to reasonable working time*]» y que supone que los Estados se comprometan «a fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes [*to provide for reasonable daily and weekly working hours, the working week to be progressively reduced to the extent that the increase of productivity and other relevant factors permit*]»; y también en su apartado 3, a través del cual pretende garantizarse el derecho a «vacaciones anuales pagadas [*annual holiday with pay*]» y que supone que los Estados se comprometan a «conceder vacaciones anuales pagadas de 2 semanas como mínimo [*provide for a minimum of 2 weeks annual holiday with pay*]», que son de «4 semanas como mínimo [*minimum of 4 weeks*]» en la CSE de 1996 (o revisada). De acuerdo con el CEDS,

adquiriendo su «jurisprudencia» la forma de conclusiones en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de decisiones de fondo (con forma de sentencia y eventuales votos particulares) en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento judicial contradictorio de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995.

¹² Pero con ciertas limitaciones en sus mecanismos para forzar su cumplimiento, según ha señalado Teixeira Alves (2014, pp. 69-76, en relación con el examen de informes, y pp. 115-123, en relación con las quejas colectivas). Sobre la obligación de observar los compromisos que se derivan de la CSE, *vid.*, también, Salcedo Beltrán (2015, pp. 30-31).

¹³ Al respecto, Teixeira Alves (2014, p. 24).

España se encuentra actualmente en situación de no conformidad con lo establecido por este artículo 2, tanto en su apartado 1 como en su apartado 3.

2.2. El derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo no existe con una jornada de trabajo semanal superior a 60 horas

En efecto, en las Conclusiones XXI-3-España-artículo 2.1, de 24 de enero de 2019 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)¹⁴, se concluye con toda rotundidad que «la situación en España es de no conformidad con el artículo 2.1 de la Carta de 1961 sobre la base de que la jornada máxima de trabajo semanal puede superar las 60 horas en ordenaciones flexibles del tiempo de trabajo y para determinadas categorías de trabajadores [*the situation in Spain is not in conformity with article 2§1 of the 1961 Charter on the ground that the maximum weekly working time may exceed 60 hours in flexible working time arrangements and for certain categories of workers*]».

Sí, además de solicitar mayor información sobre aspectos concretos de la ordenación del tiempo de trabajo (por ejemplo, inicio y final de la jornada laboral y presencia física en el lugar del trabajo) –incluso de forma reiterada en relación con la frecuencia de las decisiones unilaterales empresariales de redistribución del 10 % de las horas de trabajo en defecto de pacto colectivo y los servicios de guardia, de los que no se había obtenido respuesta anteriormente–, el CEDS considera que la regulación que se contiene en el artículo 34.2, sobre distribución irregular de la jornada de trabajo (diaria y semanal) a lo largo del año, no ha cambiado respecto de lo que se informaba en sus Conclusiones de XX-3-España-artículo 2.1, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)¹⁵, en la que el Comité había tomado nota de que el Estatuto de los Trabajadores (ET) «establece 12 horas de descanso obligatorio entre dos jornadas consecutivas y un día y medio de descanso semanal ininterrumpido que pueden acumularse en 14 días, dando lugar a una jornada de trabajo semanal de más de 60 horas [*establishes 12 hours of obligatory rest between two consecutive working days and one and a half days of uninterrupted weekly rest which can be accumulated over 14 days, therefore leading to a working week in excess of 60 hours*]», y concluía que la «situación en España no era de conformidad con el artículo 2.1 de la Carta de 1961 sobre la base de que el tiempo máximo de trabajo semanal puede exceder las 60 horas en ordenaciones flexibles del tiempo de trabajo y para determinadas categorías de trabajadores [*situation in Spain is not in conformity with article 2§1 of the 1961 Charter on the ground that the maximum weekly working time may exceed 60 hours in flexible working time arrangements and for certain categories of workers*]».

¹⁴ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/2/1/EN>.

¹⁵ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/2/1/EN>.

Dado que la «situación jurídica que anteriormente consideraba no conforme con la Carta no ha cambiado [*situation in law which it has previously found not in conformity with the Charter has not changed*]», resulta lógico que el CEDS «reitere su anterior conclusión de no conformidad [*reiterates its previous finding of non-conformity*]».

Como puede apreciarse, la situación española de no conformidad no es solamente un caso de incumplimiento actual, en la medida en que se trata, en realidad, de un incumplimiento cuya vigencia en el tiempo se ha mantenido desde hace muchos años. Como se sabe, la redacción actual que contiene el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro vigente ET)¹⁶, en su artículo 34.2¹⁷, trae causa de las reformas operadas en el artículo 34.2 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro segundo ET)¹⁸, cuya redacción original –que era consecuencia del impacto que había tenido sobre la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (nuestro primer ET)¹⁹, la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social²⁰, al reordenar la regulación del tiempo de trabajo y permitiendo una distribución irregular de la jornada (diaria y semanal) a lo largo del año²¹– fue objeto de

¹⁶ BOE de 24 de octubre de 2015.

¹⁷ Según la cual: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo» (*vid.* su párrafo primero), «Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de 5 días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella» (*vid.* su párrafo segundo) y «La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de 12 meses desde que se produzcan» (*vid.* su párrafo tercero).

¹⁸ BOE de 29 de marzo de 1995.

¹⁹ BOE de 14 de marzo de 1980.

²⁰ BOE de 23 de mayo de 1994.

²¹ Su artículo cuarto (sobre «Tiempo de trabajo») daba una nueva redacción al artículo 34, cuyo apartado 2 disponía que: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en esta ley». Esta redacción era la que configuraba el contenido inicial del artículo 34.2 del citado Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

hasta tres reformas²², examinadas y cuestionadas por el Comité en sus dos conclusiones ya vistas. Pero lo cierto es que, antes de dichas reformas, la situación de España ya era de no conformidad si se tiene en cuenta que el propio CEDS –reparando precisamente en esa distribución irregular de la jornada de trabajo (diaria y semanal) a lo largo del año– así lo había afirmado en sus conclusiones anteriores.

Este incumplimiento español se inicia –y se mantiene inalterado desde entonces– en las Conclusiones XIV-2-España-artículo 2.1, de 30 de noviembre de 1998 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1996)²³, en las que se declaraba que la «situación es incompatible con la Carta [*situation is incompatible with the Charter*]» y «es de no conformidad con la Carta, ya que el Estatuto de los Trabajadores permite una jornada de trabajo semanal superior a 60 horas [*is not in conformity with the Charter since the Workers' Statute permits weekly working time in excess of 60 hours*]», si se tiene presente que la «jornada de trabajo diaria puede llegar a las 12 horas

²² La primera fue operada por el artículo 9 del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 11 de febrero de 2012 y corrección de errores de 18 de febrero de 2012), en virtud de la cual dicho artículo 34.2 disponía lo siguiente: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 5 % de la jornada de trabajo» (*vid.* su párrafo primero) y «Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley» (*vid.* su párrafo segundo). La segunda reforma fue operada por el artículo 9 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012), en virtud de la cual dicho artículo 34.2 indicaba lo siguiente: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo» (*vid.* su párrafo primero) y «Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de 5 días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella» (*vid.* su párrafo segundo). Y la tercera reforma fue operada por el artículo 1.3 del Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre de 2013), en virtud de la cual dicho artículo 34.2 pasa a tener su contenido actual, disponiendo: «Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el 10 % de la jornada de trabajo» (*vid.* su párrafo primero), «Dicha distribución deberá respetar en todo caso los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de 5 días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella» (*vid.* su párrafo segundo) y «La compensación de las diferencias, por exceso o por defecto, entre la jornada realizada y la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo legal o pactada será exigible según lo acordado en convenio colectivo o, a falta de previsión al respecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En defecto de pacto, las diferencias derivadas de la distribución irregular de la jornada deberán quedar compensadas en el plazo de 12 meses desde que se produzcan» (*vid.* su párrafo tercero).

²³ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIV-2/def/ESP/2/1/EN>.

y que el periodo de descanso semanal puede llevarse a la semana posterior [*daily working time may reach 12 hours and that the weekly rest period may be carried forward the week after*]. Como el «informe español declara que durante el periodo de referencia no se produjeron cambios en el marco legal básico de la jornada de trabajo diaria y semanal [*Spanish report states that there were no changes during the reference period to the basic legal framework for daily and weekly working time*]», el CEDS vuelve a poner de manifiesto en sus Conclusiones XVI-2-España-artículo 2.1, de 30 de junio de 2004 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2000)²⁴, que el «Estatuto de los Trabajadores permite una jornada de trabajo semanal superior a las 60 horas [*Workers' Statute permits a working week in excess of 60 hours*]», razón por la que el «Comité solo puede reiterar que esto no está en conformidad con el artículo 2.1 de la Carta [*Committee can only reiterate that this is not in conformity with article 2§1 of the Charter*]». Y las conclusiones posteriores tampoco suponen ningún cambio de parecer al respecto, que es lo que se pone de manifiesto en las Conclusiones XVIII-2-España-artículo 2.1, de 30 de junio de 2007 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004)²⁵, en las que –además de recordarse que el «Comité había concluido anteriormente que la situación era de no conformidad con el artículo 2.1 de la Carta porque el Estatuto de los Trabajadores permitía una jornada de trabajo semanal superior a las 60 horas [*Committee had previously concluded that the situation was not in conformity with article 2§1 of the Charter because the Workers' Statute permitted weekly working time in excess of 60 hour*]»– se reiteraba que «el Estatuto de los Trabajadores permite un periodo de referencia de 1 año en determinadas circunstancias para promediar las horas de trabajo [*the Workers' Statute permits a 1 year reference period in certain circumstances for averaging of working hours*]» y que «la ley permite una jornada de trabajo semanal superior a 60 horas [*the law permits weekly working time in excess of 60 hours*]»; y también en las Conclusiones XIX-3-España-artículo 2.1, de 17 de diciembre de 2010 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2008)²⁶, que –después de comprobar que la «situación no ha cambiado, dado que, según el Estatuto de los Trabajadores, la jornada de trabajo diaria puede, por convenio colectivo, ser superior a las 9 horas reglamentarias [*situation has not changed, given that under the Workers' Statute daily working hours can, by collective agreement, be longer than the statutory 9-hours*]», «una jornada de 12 horas sería posible si se respetasen las 12 horas de descanso diario [*a 12-hour day would be possible if 12-hours of daily rest were respected*]» y esto, «junto con el hecho de que el periodo de descanso puede acumularse durante 14 días, podría dar lugar jornadas de trabajo semanales superiores al umbral de las 60 horas [*together with the fact that the weekly rest period may be accumulated over 14 days, could lead to working weeks longer than the 60 hours threshold*]»– insisten

²⁴ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVI-2/def/ESP/2/1/EN>.

²⁵ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-2/def/ESP/2/1/EN>.

²⁶ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-3/def/ESP/2/1/EN>.

sobre la situación de no conformidad por causa del «periodo de referencia de 1 año para el cálculo de la jornada de trabajo media [*reference period of 1 year for the calculation of average working hours*]» y de disposiciones legales que «permiten una jornada de trabajo semanal superior a 60 horas [*permit weekly working time in excess of 60 hours*]».

2.3. El derecho a vacaciones anuales retribuidas no siempre está garantizado

España se ha puesto al día en el cumplimiento de la CSE de 1961 (u originaria) a raíz de las sucesivas reformas legales operadas en el artículo 38.3 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro segundo ET), para garantizar el derecho a las vacaciones cuando el periodo de las mismas coincidía con el tiempo de la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, por nacimiento y cuidado del menor y por incapacidad temporal²⁷. Además de ser determinantes de la redacción actual del artículo 38.3 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro vigente ET), tales reformas han servido también para sortear las declaraciones de situación de no conformidad que se contenían en las Conclusiones XVI-2-España-artículo 2.3, de 30 de junio de 2004 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2000)²⁸, en las Conclusiones XVIII-2-España-artículo 2.3, de 30 de junio de 2007 (correspondientes al periodo que comprende de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004)²⁹ y en las Conclusiones XIX-3-España-artículo 2.3, de 17 de diciembre de 2010 (correspondientes al periodo que comprende de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2008)³⁰. Y así puede comprobarse en la lectura tanto de las Conclusiones XX-3-España-artículo 2.3, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)³¹, como de las Conclusiones XXI-3-España-artículo 2.3, de 24 de enero de 2019 (relativas al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)³².

²⁷ Se trata de las reformas operadas por la disposición adicional decimoprimeraseis de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007), y por la disposición final primera.4 del citado Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

²⁸ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVI-2/def/ESP/2/3/EN>.

²⁹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-2/def/ESP/2/3/EN>.

³⁰ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-3/def/ESP/2/3/EN>.

³¹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/2/3/EN>.

³² <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/2/3/EN>.

Con todo, en sus Conclusiones XX-3-España-artículo 2.3, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012), el CEDS había reparado sobre el hecho de que «para algunas categorías de personas trabajadoras, las vacaciones anuales deben ser tomadas en tramos de al menos 5 días laborales ininterrumpidos [*some categories of workers, annual leave must be taken in instalments of at least five uninterrupted working days*]», cuando, en aplicación del artículo 2.3 de la Carta, las personas que trabajan «están obligadas a tomar al menos 2 semanas ininterrumpidas de vacaciones durante el año en que las vacaciones son debidas [*are required to take at least 2 uninterrupted weeks of annual holiday during the year the holidays were due*]». Por esta razón, el Comité aprovechaba sus conclusiones para pedirle a España que en su próximo informe indicase «si este requisito se respeta en todos los casos [*whether this requirement is respected in all cases*]», reservándose «su posición sobre este punto mientras tanto [*its position on this point in the meantime*]». Después de la presentación del correspondiente informe español, en que se suministraba la información requerida, las Conclusiones XXI-3-España-artículo 2.3, de 24 de enero de 2019 (relativas al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016), declaran que «la situación en España es de no conformidad... sobre la base de que no todas las personas empleadas tienen derecho a tomar al menos 2 semanas ininterrumpidas de vacaciones durante el año [*the situation in Spain is not in conformity... on the ground that not all employees have the right to take at least 2 weeks of uninterrupted holiday during the year*]», en la medida en que dicho informe «señala que en España las vacaciones anuales deben tomarse en tramos de al menos 5 días laborales ininterrumpidos [*states that in Spain annual leave must be taken in installments of at least 5 uninterrupted working days*]».

3. La no conformidad con lo establecido en los apartados 1, 2 y 4 del artículo 4, en materia de remuneración

Con toda su lógica, desde el punto de vista de quien trabaja, la obligación contractual más relevante de la empresa no deja de ser la de retribuir el trabajo realizado. La CSE de 1961 (u originaria) regula el derecho a una remuneración equitativa en su artículo 4, a través de cinco apartados muy concretos, aunque de todos ellos interesan ahora los números 1 («reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso [*recognise the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living*]»), 2 («reconocer el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares [*recognise the right of workers to an increased rate of remuneration for overtime work, subject to exceptions in particular cases*]») y 4 («reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo [*recognise the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment*]»). Y ello, por causa de que el CEDS declara que son precisamente los que España incumple.

3.1. Un salario que no garantiza un nivel de vida decente

Sí, España también es un Estado flagrantemente incumplidor de lo dispuesto por la CSE en su artículo 4.¹³³. Así lo ha declarado con insistencia el CEDS, resultando ahora muy oportuna por su claridad la cita de las afirmaciones contenidas en las siguientes conclusiones suyas, que pueden clasificarse en tres grandes apartados.

El primero de tales apartados de afirmaciones se refiere al hecho de que el parámetro tenido en cuenta por el CEDS es el de que el salario mínimo neto debería alcanzar al menos el 60 % del salario medio neto³⁴, que es algo que España no cumple. Se pone de manifiesto en las Conclusiones XVI-2-España-artículo 4.1, de 30 de junio de 2004 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2000)³⁵, declarándose que el «Comité concluye que la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.1 de la Carta, ya que el salario mínimo está muy por debajo del umbral del 60 % del salario medio neto [*Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 4§1 of the Charter as the minimum wage falls far below the threshold of 60 % of the average wage*]». Pero también en las Conclusiones XVIII-2-España-artículo 4.1, de 30 de junio de 2007 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004)³⁶, declarándose que «el Comité cree que sigue siendo muy bajo y, por lo tanto, no puede alterar su conclusión anterior. El Comité concluye que la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.1 de la Carta sobre la base de que el salario mínimo está muy por debajo del umbral del 60 % del salario medio neto [*the Committee believes that it is still very low and therefore it cannot alter its previous conclusion. The Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 4§1 of the Charter on the grounds that the minimum wage falls far below the threshold of 60 % of the average wage*]».

El segundo apartado de afirmaciones repara precisamente sobre el nivel del salario mínimo interprofesional en España, que es injusto por causa de ser muy bajo. Es el caso de aquellas afirmaciones contenidas en las Conclusiones XIX-3-España-artículo 4.1, de 17 de diciembre de 2010 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2008)³⁷, en que se declara que «el nivel del salario mínimo sigue siendo muy bajo y, por lo tanto, no es justo [*the level of the minimum wage remains very low and thus not fair*]». Y, por ello, el «Comité concluye que la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.1 de la Carta sobre la base de que el salario mínimo es manifiestamente

³³ Al respecto, Martínez Girón y Arufe Varela (2016, p. 108).

³⁴ *Ibidem*, p. 109.

³⁵ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVI-2/def/ESP/4/1/EN>.

³⁶ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-2/def/ESP/4/1/EN>.

³⁷ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-3/def/ESP/4/1/EN>.

injusto [Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 4§1 of the Charter on the ground that the minimum wage is manifestly unfair]».

Y el tercero de tales apartados de afirmaciones alude al hecho de que el salario mínimo interprofesional en España no permite asegurar unas condiciones de vida dignas o decentes. Se trata de aquellas contenidas en las Conclusiones XX-3-España-artículo 4.1, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)³⁸, según las cuales –incluso con cita expresa de Eurostat en su contenido– el «Comité concluye que la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.1 de la Carta sobre la base de que: el salario mínimo para los trabajadores del sector privado no garantiza un nivel de vida decente; [y] el salario mínimo del personal contratado en la Administración pública no garantiza un nivel de vida decente [Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 4§1 of the 1961 Charter on the grounds that: the minimum wage for workers in the private sector does not secure a decent standard of living; [and] the minimum wage for contractual staff in the civil service does not secure a decent standard of living]». Y también es el caso de las que se realizan en las Conclusiones XXI-3-España-artículo 4.1, de 24 de enero de 2019 (relativas al periodo que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)³⁹, al declararse –también con mención expresa a Eurostat– que el «Comité concluye que la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.1 de la Carta sobre la base de que: el salario mínimo para los trabajadores del sector privado no garantiza un nivel de vida decente; [y] el salario mínimo del personal contratado en la Administración pública no garantiza un nivel de vida decente [Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 4§1 of the 1961 Charter on the grounds that: the minimum wage for workers in the private sector does not secure a decent standard of living; [and] the minimum wage for contractual staff in the civil service does not secure a decent standard of living]».

3.2. Sin garantizar un aumento de la remuneración o un aumento del tiempo libre compensatorio por la realización de horas extraordinarias

Como se sabe, el artículo 35 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro vigente ET), regula el sistema de pago de las horas extraordinarias, disponiendo al respecto que, «mediante colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes descanso

³⁸ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/4/1/EN>.

³⁹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/4/1/EN>.

retribuido»⁴⁰. Se trata de una redacción que es idéntica a la que ofrecía el artículo 35 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro segundo ET), puesto que también establecía que, «mediante convenio colectivo o, en su defecto, contrato individual, se optará entre abonar las horas extraordinarias en la cuantía que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido»⁴¹. Y se trata, además, de una redacción que trae causa del impacto que había tenido sobre la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (nuestro primer ET), la Ley 11/1994, de 19 de mayo, otorgándole a su artículo 35 el contenido que actualmente tiene⁴² y que hasta ese momento declaraba sobre esta concreta cuestión que «cada hora de trabajo que se realice sobre la duración máxima de la semana ordinaria de trabajo... se abonará con el incremento que se fije en convenio colectivo o contrato individual»⁴³, pero precisando que «en ningún caso el incremento será inferior al 75 % sobre el salario que correspondería a cada hora ordinaria»⁴⁴.

Precisamente, los cambios operados en el artículo 35 por la citada Ley 11/1994, de 19 de mayo, son los causantes de que el CEDS haya considerado –ya en sus Conclusiones XIV-2-España-artículo 4.2, de 30 de noviembre de 1998 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1996)⁴⁵, cuya declaración de no conformidad de España se reitera en las Conclusiones XVI-2-España-artículo 4.2, de 30 de junio de 2004 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2000)⁴⁶– que «las disposiciones modificadas sobre horas extraordinarias contenidas en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores [*the amended provisions on overtime contained in section 35 of the Workers' Statute*]» implican que la «ley dispone ahora que las horas extraordinarias se remunerarán o compensarán con un periodo de descanso equivalente, de conformidad con el convenio colectivo o el contrato de trabajo [*law now provides that overtime working shall either be remunerated or compensated with an equivalent rest period, in accordance with either the collective agreement or the employment contract*]», provocando una situación que «es incompatible con la Carta porque a los trabajadores ya no se les garantiza un aumento de la tasa de remuneración o un periodo de descanso equivalente, a cambio de horas extraordinarias [*is inconsistent with the Charter because workers are no longer guaranteed an increased rate of pay, or an equivalent rest*

⁴⁰ Vid. su apartado 1, inciso segundo.

⁴¹ Vid. su apartado 1, inciso segundo.

⁴² Vid. su artículo 4, apartado dos.

⁴³ Vid. el artículo 35.Uno, inciso primero, de la Ley 8/1980, de 10 de marzo.

⁴⁴ *Ibidem*, inciso segundo.

⁴⁵ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIV-2/def/ESP/4/2/EN>.

⁴⁶ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVI-2/def/ESP/4/2/EN>.

period, in exchange for overtime work», con el agravante de que «la posibilidad de que el asunto se regule únicamente a través del contrato de trabajo debilita aún más la posición del trabajador individual [*the possibility of the matter being regulated through the employment contract alone further weakens the position of the individual worker*], habida cuenta de que la «tasa de pago de horas extraordinarias no puede ser inferior a la tasa normal [*overtime pay rate cannot be less than the normal rate*]». Y es que –según se indica en las Conclusiones XVIII-2-España-artículo 4.2, de 30 de junio de 2007 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004)⁴⁷, en que se declara de nuevo la situación de no conformidad de España– el artículo 4.2 «requiere que se implemente un aumento de la tasa de remuneración por las horas extraordinarias mediante disposiciones legales generales y/o mediante negociación colectiva [*requires that an increased rate of remuneration for overtime work be implemented by general legal provisions and/or through collective bargaining*]» y también «requiere que se regulen las horas extraordinarias en el sentido de que no deben dejarse a la discreción del empleador o del empleado [*requires that overtime be regulated in the sense that it should not be left to the discretion of the employer or the employee*]», poniéndose de manifiesto por parte del Comité –ahora en sus Conclusiones XIX-3-España-artículo 4.2, de 17 de diciembre de 2010 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2008)⁴⁸, cuya declaración de no conformidad de España se reitera en sus Conclusiones XX-3-España-artículo 4.2, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)⁴⁹– que en España, además, «no todos los convenios colectivos prevén un aumento de la remuneración de las horas extraordinarias [*not all collective agreements provide for an increased remuneration for overtime*]».

Lógicamente, al no haberse producido ningún cambio legislativo en el sentido indicado por las conclusiones antes mencionadas, no puede sorprender que las Conclusiones XXI-3-España-artículo 4.2, de 24 de enero de 2019 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)⁵⁰, que son las últimas elaboradas al respecto, continúen indicando que «la situación en España es de no conformidad con el artículo 4.2 de la Carta de 1961 sobre la base de que el Estatuto de los Trabajadores no garantiza un aumento de la remuneración ni un aumento del tiempo libre compensatorio por las horas extraordinarias [*the situation in Spain is not in conformity with article 4§2 of the 1961 Charter on the ground that the Workers' Statute does not guarantee increased remuneration or an increased compensatory time-off for overtime work*]», en la medida en que el Comité aprecia que «la situación legal que previamente ha constatado

⁴⁷ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-2/def/ESP/4/2/EN>.

⁴⁸ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-3/def/ESP/4/2/EN>.

⁴⁹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/4/2/EN>.

⁵⁰ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/4/2/EN>.

como no conforme con la Carta no ha cambiado [*the situation in law which it has previously found not in conformity with the Charter has not changed*].».

3.3. Sin plazo razonable de preaviso en caso de extinción del contrato de trabajo

La extinción del contrato de trabajo implica para quien trabaja la pérdida de su empleo. Por ello, es comprensible que se regule legalmente este tema, precisando y tasando las causas que permiten proceder lícitamente a dicha extinción, pero también fijando un plazo de preaviso para que, dentro del mismo, se comunique la decisión de poner fin al contrato de trabajo. Sobre esta cuestión incide el artículo 4.4 de la CSE de 1961 (u originaria), cuando reconoce como derecho que exista un plazo razonable de preaviso para poner fin a la relación laboral, cuya interpretación y aplicación por parte del CEDS pone de manifiesto, una vez más, la falta de ejemplaridad de España por sus incumplimientos.

Siempre según el CEDS, los incumplimientos españoles se producen por causa de que la regulación española que se contiene en el artículo 49 del ET dispone –ya desde la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores (nuestro primer ET), sin alteraciones posteriores– que «si el contrato de trabajo de duración determinada es superior a 1 año, la parte del contrato que formule la denuncia está obligada a notificar a la otra la terminación del mismo con una antelación mínima de 15 días»⁵¹. En sus Conclusiones XIV-2-España-artículo 4.4, de 30 de noviembre de 1998 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1992 a 31 de diciembre de 1996)⁵² –reiteradas también en sus Conclusiones XVI-2-España-artículo 4.4, de 30 de junio de 2004 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 1997 a 31 de diciembre de 2000)⁵³–, se pone de manifiesto que la «Carta requiere un periodo de preaviso de al menos 1 mes cuando la persona que trabaja tiene más de 1 año de servicio [*Charter requires a period of notice of at least 1 month where the worker has more than 1 year's service*], razón por la cual se entiende que la regulación española es «incompatible con el artículo 4, apartado 4 [*inconsistent with article 4 para. 4*]» de la Carta. Y además de preguntarse al respecto «qué preaviso se debe dar a las personas trabajadoras que tienen contratos de duración determinada de menos de 1 año [*what notice must be granted to workers who have fixed-term contracts lasting less than 1 year*],» el Comité también concluye que nuestra regulación tampoco se ajusta a lo indicado por la CSE en su artículo 4.4 cuando «el motivo del despido es el fallecimiento, la jubilación o la incapacidad del empresario [*the reason for the dismissal*

⁵¹ Vid. artículo 49.1, párrafo cuarto, del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro actual ET).

⁵² <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIV-2/def/ESP/4/4/EN>.

⁵³ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVI-2/def/ESP/4/4/EN>.

is the death, retirement or incapacity of the employer», en que se reconoce el derecho «a 1 mes de salario (artículo 49.1 g) [*1 month's pay (article 49.1 g)*]», porque no contempla «periodos de servicio más largos (por ejemplo, más de 5 años) [*longer periods of service (e. g. more than 5 years)*]», de modo que quien trabaja solamente tiene «1 mes de sueldo, independientemente de su antigüedad [*1 month's pay, irrespective of their length of service*]».

Además de comprobar que no se había producido ningún cambio al respecto en la regulación española, el Comité aprecia en sus Conclusiones XVIII-2-España-artículo 4.4, de 30 de junio de 2007 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2001 a 31 de diciembre de 2004)⁵⁴, que en la regulación española «no es necesario preaviso para las personas trabajadoras con contratos de duración determinada de menos de 1 año cuyo contrato se rompe antes de la finalización [*is no notice required for employees on fixed-term contracts of less than a year whose contract is broken before the end*]», declarando, en consecuencia, que la situación en España no se ajusta al artículo 4.4 de la Carta por considerar que las personas «con contratos de duración determinada de menos de 1 año cuyo contrato se rompió antes de la finalización no recibieron ningún preaviso» [*with fixed-term contracts of less than a year whose contract is broken before the end were not granted any notice*] y que las personas «con contratos de duración determinada de más de 1 año cuyo contrato se rompió antes de la finalización solo recibieron un plazo de preaviso de 15 días [*with fixed-term contracts of more than 1 year whose contract is broken before the end were only granted a 15-day period of notice*]». A pesar de no modificar la dicción literal del apartado cuarto del artículo 49.1 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (nuestro segundo ET), la promulgación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es algo sobre lo que reparan expresamente las Conclusiones XX-3-España-artículo 4.4, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)⁵⁵, indicando que la misma supone que «los plazos de preaviso aplicables a los contratos indefinidos y de duración determinada... varían según los motivos de la terminación del empleo [*notice periods applicable to indefinite and fixed-term employment contracts... vary according to the reasons for termination of employment*]», pero también que se trata de una regulación que es insuficiente en las siguientes circunstancias: 1) «Despido cuando los contratos de trabajo expiren o cuando se hayan alcanzado sus objetivos (... artículo 49, apartado 1 (c)...) [*Dismissal when employment contracts expire or when their aims have been achieved (... article 49, paragraph 1 (c)...)*]; 2) «Extinción del contrato de trabajo por fallecimiento o jubilación de los empresarios que sean personas físicas o por disolución de los empresarios que sean personas jurídicas (... artículo 49, apartado 1 (g)...), para personas trabajadoras con más de 3 años de servicio [*Termination of the employment contract on the death or retirement of*

⁵⁴ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-2/def/ESP/4/4/EN>.

⁵⁵ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/4/4/EN>.

employers who are natural persons or the winding up of employers which are legal persons (... article 49, paragraph 1 (g)...), for employees with more than 3 years of service]; y 3) «Ex-tinción del contrato de trabajo por causas objetivas (... artículo 49, apartado 1 (l)...), para las personas trabajadoras con más de 6 meses de servicio [Termination of the employment contract for objective reasons (... article 49, paragraph 1 (l)...), for employees with more than 6 months of service]». Tales circunstancias y el hecho de que en dicha Ley 3/2012, de 6 de julio, se establecía un contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba con una duración máxima de 1 año –con el riesgo del despido sin preaviso y sin compensación–, son las razones por las que el Comité concluye, de nuevo, que la situación de España es de no conformidad con lo establecido en el artículo 4.4 de la CSE, y reitera después su opinión en las Conclusiones XXI-3-España-artículo 4.4, de 24 de enero de 2019 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)⁵⁶, señalando que el «periodo de preaviso de 2 semanas no es razonable para las personas que trabajan con más de 6 meses de servicio [notice period of 2 weeks is unreasonable for workers with more than 6 months service]» y que «no hay periodo de preaviso en caso de muerte o incapacidad del empresario o para las personas trabajadoras en periodo de prueba [there is no notice period in the event of the employer's death or incapacity or for workers on probation]».

4. La no conformidad con lo establecido en los apartados 2 y 4 del artículo 6, en materia de negociación colectiva

4.1. El derecho a la negociación colectiva y a la adopción de medidas de conflicto colectivo, incluido el ejercicio de la huelga

La CSE de 1961 (u originaria) reconoce igualmente derechos laborales colectivos, figurando entre ellos los contenidos en su artículo 6, precisamente sobre «Derecho de negociación colectiva [Right to bargain collectively]». De acuerdo con el CEDS, España se encuentra actualmente en situación de no conformidad con lo establecido por este artículo en su apartado 2, que tiene por finalidad garantizar el derecho a regular las condiciones de trabajo por acuerdos colectivos libremente negociados por las partes que representan a quien trabaja por cuenta ajena y a quien actúa como empresa, al disponerse que los Estados se comprometen «a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las

⁵⁶ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/4/4/EN>.

condiciones de empleo por medio de convenios colectivos [*to promote, where necessary and appropriate, machinery for voluntary negotiations between employers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreement*]]. Pero España también incumple en la actualidad con lo establecido por dicho artículo 6 en su apartado 4, que tiene por finalidad el reconocimiento de la adopción de medidas en caso de conflicto colectivo, con mención expresa a la huelga, al exigir a los Estados que reconozcan «el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor [*the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into*]]».

4.2. La inaplicación de las condiciones pactadas en convenios colectivos por decisión empresarial unilateral

Como se sabe, el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, supuso la adopción de un conjunto de medidas muy concretas que, siempre según su preámbulo, tenía la finalidad de «favorecer la flexibilidad interna en las empresas»⁵⁷, fortaleciendo «los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa»⁵⁸. A los efectos que aquí interesan, dichas medidas consistían en la introducción de reformas, a través de lo establecido en su capítulo III («Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo»), tanto de la «Modificación sustancial de condiciones de trabajo» (esto es, del «artículo 41 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo»)⁵⁹, como de la «Negociación colectiva» (esto es, del «apartado 3 del artículo 82», del «apartado 1 del artículo 84», del «apartado 2 del artículo 84», del «apartado 3 del artículo 85», del «apartado 1 del artículo 86», del «apartado 3 del artículo 86» y del «apartado 2 del artículo 89», todos ellos del «texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo»)⁶⁰, y que, en realidad, venían a reconocer la facultad empresarial de desaplicar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en acuerdos y pactos o convenios colectivos, además de permitir la posibilidad de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor y de dar prioridad al convenio de empresa frente al convenio de sector (estatal, autonómico o de ámbito inferior). Y todo ello, sin haber dado

⁵⁷ Vid. su punto IV, párrafo primero, inciso primero.

⁵⁸ Vid. su punto IV, párrafo segundo, inciso primero.

⁵⁹ Vid. su artículo 12.

⁶⁰ Vid. su artículo 14.

previamente la posibilidad de que los interlocutores sociales tuviesen la oportunidad de sentarse a negociar entre ellos, en la medida en que este Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, no solamente no era una medida legislativa fruto del acuerdo adoptado por los interlocutores sociales en ejercicio de la autonomía colectiva, sino que, además, se había aprobado sin consultar antes con tales interlocutores sociales.

El CEDS repara precisamente sobre este Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, y –tras su tramitación parlamentaria como proyecto de ley, cuya aprobación con enmiendas no significaba cambios sustanciales ni en las facultades empresariales ni en la prioridad del convenio de empresa– sobre la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en sus Conclusiones XX-3-España-artículo 6.2, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)⁶¹, declarando que «la situación en España es de no conformidad con el artículo 6.2 de la Carta de 1961 [*the situation is not in conformity with article 6§2 of the 1961 Charter*]» en la medida en que «se aprobó una legislación que afecta al derecho de negociación colectiva, sin consultar a los sindicatos y las organizaciones de empleadores [*legislation was passed which affects the right to bargain collectively, without consultation of trade unions and employers' organisations*], y la «Ley 3/2012 permite a los empresarios no aplicar unilateralmente las condiciones pactadas en los convenios colectivos [*Act 3/2012 allows employers unilaterally not to apply conditions agreed in collective agreements*]». En efecto, después de poner de relieve que «hay medidas que podrían adoptarse para combatir la crisis económica y sus efectos, que no son contrarias a la Carta (reclamación colectiva núm. 80/2012, Unión de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) c. Grecia, § 66) [*there are measures that could be taken to combat the economic crisis and its effects, which are not contrary to the Charter (collective complaint n.º 80/2012, Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece, § 66)*], considera «en este contexto que las medidas adoptadas en España son desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos y, por lo tanto, no cumplen las condiciones establecidas por el artículo 31 de la Carta [*considers in this context that the measures taken in Spain are disproportionate to the aims pursued and therefore they do not comply with the conditions established by article 31 of the 1961 Charter*]». Y los argumentos para llegar a su conclusión eran los dos siguientes: 1) «por no consultar a las organizaciones sindicales o empresariales más representativas en la redacción del Real Decreto-Ley 3/2012, que afecta fundamentalmente a la regulación de la negociación colectiva y las condiciones de trabajo [*through the failure to consult the most representative trade unions or employers' organisations in the drafting of the Royal Decree-Law 3/2012, which fundamentally affects the regulation of collective bargaining and working conditions*], de modo que «el Gobierno no ha logrado promover la negociación colectiva voluntaria [*the Government has failed to promote voluntary negotiation*], provocando una situación que es de «no conformidad con

⁶¹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/6/2/EN>.

el artículo 6.2 de la Carta de 1961 [*not in conformity with article 6§2 of the 1961 Charter*]; y 2) la nueva redacción del artículo 41 del ET, en virtud de la cual «el empresario está autorizado a no aplicar unilateralmente las condiciones laborales previamente acordadas con los representantes de los trabajadores en pactos y acuerdos a nivel de empresa [*the employer is unilaterally allowed not to apply the working conditions previously agreed with the workers' representatives in company level pacts and agreements*]», constituye una «legitimación de la excepción unilateral de los convenios libremente negociados [*legitimation of unilateral derogation from freely negotiated collective agreements*]» que «viola la obligación de promover procedimientos de negociación [*is in violation of the obligation to promote negotiation procedures*]» y, en consecuencia, el «artículo 6.2 de la Carta en este punto [*article 6§2 of the 1961 Charter on this point*]».

Estas conclusiones, en las que también se había solicitado información a España sobre la aplicación práctica de la nueva redacción del artículo 84.2 del ET (primacía del convenio colectivo de empresa frente a los convenios colectivos de ámbito superior) para confirmar que «los asuntos negociados a nivel de empresa no pueden aplicarse en detrimento de la persona trabajadora cuando existe un convenio a nivel estatal [*the matters negotiated at company level may not be applied detrimentally to the worker where a state level collective agreement is in place*]», fueron reiteradas por el CEDS en sus Conclusiones XXI-3-España-artículo 6.2, de 24 de enero de 2019 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)⁶². No podía ser de otra forma, visto que, como el propio Comité señalaba en relación con «el modificado artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores [*the amended article 41 of Workers' Statute*]», «no ha habido ningún cambio en esta situación [*there has been no change to this situation*]», razón por la que «reitera su conclusión anterior [*reiterates its previous conclusion*]» indicando de nuevo que la «situación en España es de no conformidad con el artículo 6.2 de la Carta sobre la base de que la legislación permite a los empresarios no aplicar unilateralmente las condiciones acordadas en los convenios colectivos [*the situation in Spain is not in conformity with article 6§2 of the 1961 Charter on the ground that legislation permits employers unilaterally not to apply conditions agreed in collective agreements*]». En fin, se trata, además, de unas conclusiones en las que España no informa tal y como se le requería en las anteriores sobre la primacía de los convenios colectivos de empresa, que es lo que se evidencia cuando en ellas se dice que el «informe no proporciona información real al respecto [*report provides no real information in this respect*]», por lo que el «Comité solicita que el próximo informe proporcione información completa sobre en qué circunstancias un acuerdo a nivel de empresa puede tener primacía sobre un acuerdo a nivel sectorial o nacional y en qué medida [*Committee requests the next report to provide complete information on under what circumstances may a company level agreement have primacy over a sectoral or national level agreement and to what extent*]».

⁶² <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/6/2/EN>.

4.3. La imposición de arbitraje obligatorio en las huelgas por parte del Gobierno

Aunque se trate de una norma predemocrática (anterior a las primeras elecciones democráticas realizadas después del fallecimiento del dictador Francisco Franco) y preconstitucional (anterior también a la propia CE de 1978), el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo⁶³, sigue conteniendo gran parte de la regulación española del derecho de huelga, después de su depuración por la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 11/1981, de 8 de abril⁶⁴, tras la aprobación de la CE de 1978 y de lo indicado en su artículo 28.2 al respecto de su consideración como derecho fundamental. Lo dispuesto en su artículo 10 –en la interpretación que se contiene en la depuración constitucional–, permitiendo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, pueda «instituir un arbitraje obligatorio, siempre que en él se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros»⁶⁵, no ha pasado desapercibido por parte del CEDS. De hecho, esta facultad es la razón por la que España también se encuentra en situación de no conformidad con lo establecido por la CSE en su citado artículo 6.4, en la medida en que dicha facultad supone una de las restricciones no permitidas por su artículo 31, relativo, por una parte, a que los «derechos y principios enunciados en la parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las partes I y II, salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres [*rights and principles set forth in part I when effectively realised, and their effective exercise as provided for in part II, shall not be subject to any restrictions or limitations not specified in those parts, except such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health, or moral*]»⁶⁶; y, por otra, a que las «restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que han sido previstas [*restrictions permitted under this Charter to the rights and obligations set forth herein shall not be applied for any purpose other than that for which they have been prescribed*]»⁶⁷.

Sus últimas conclusiones son muy claras y concisas, pero nada novedosas, teniendo en cuenta que, siempre aquí, el CEDS reitera lo ya afirmado en ocasiones anteriores

⁶³ BOE de 9 de marzo de 1977.

⁶⁴ BOE de 25 de abril de 1981.

⁶⁵ Vid. el punto 2, letra d), del fallo de la STC 11/1981, de 8 de abril.

⁶⁶ Vid. su apartado 1.

⁶⁷ Vid. su apartado 2.

al no registrarse cambios legales al respecto. En efecto, el Comité –sobre la base de lo ya afirmado tanto en sus Conclusiones XIX-3-España-artículo 6.4, de 17 de diciembre de 2010 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2008)⁶⁸, como en sus Conclusiones XX-3-España-artículo 6.4, de 5 de diciembre de 2014 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012)⁶⁹– se pronuncia en las Conclusiones XXI-3-España-artículo 6.4, de 24 de enero de 2019 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2013 a 31 de diciembre de 2016)⁷⁰, señalando que «en sus anteriores conclusiones (Conclusiones XIX-3 (2010) y XX-3 (2014)) encontraba que el Real Decreto-Ley 17/1977 permitía el uso del arbitraje obligatorio en circunstancias que superaban los límites establecidos por el artículo 31 de la Carta de 1961 [*in its previous conclusions (Conclusions XIX-3 (2010) and XX-3 (2014)) found that Royal Decree-Law 17/1977 allowed the use of obligatory arbitration in circumstances that exceeded the limits established by article 31 of the 1961 Charter*]» y que el «informe señala que no ha habido cambios al respecto [*report states that there has been no change in this respect*]», razón por la que declara que «la situación en España es de no conformidad con el artículo 6.4 de la Carta de 1961 sobre la base de que la legislación autoriza al Gobierno a imponer el arbitraje obligatorio a las huelgas en los casos que vayan más allá de los límites permitidos por el artículo 31 de la Carta de 1961 [*the situation in Spain is not in conformity with article 6§4 of the 1961 Charter on the ground that legislation authorises the Government to impose compulsory arbitration to strikes in cases which go beyond the limits permitted by article 31 of the 1961 Charter*]». Con ello, se pone de relieve que las restricciones al derecho de huelga son posibles legalmente, pero solamente cuando se impongan de acuerdo con lo indicado en el mencionado artículo 31, lo que supone que dichas restricciones –ahora, según las Conclusiones XVIII-1-España-artículo 6.4, de 30 de octubre de 2006 (correspondientes al periodo de referencia que comprende de 1 de enero de 2003 a 31 de diciembre de 2004)⁷¹– «están prescritas por la ley y son necesarias en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de los demás o para la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres [*are prescribed by law and are necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health or morals*]», que no es el caso del Real Decreto-Ley 17/1977, que «permite el recurso al arbitraje para poner fin a una huelga en los casos que van más allá de los requisitos establecidos en el artículo 31 [*allows recourse to arbitration to end a strike in cases that go beyond the requirements set out in article 31*]».

⁶⁸ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XIX-3/def/ESP/6/4/EN>.

⁶⁹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XX-3/def/ESP/6/4/EN>.

⁷⁰ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XXI-3/def/ESP/6/4/EN>.

⁷¹ <http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=XVIII-1/def/ESP/6/4/EN>.

5. La oportunidad que supone la ratificación de la CSEr y del Protocolo de reclamaciones colectivas

La decisión del Consejo de Ministras y Ministros del Gobierno de España de proceder a la ratificación de la CSEr y del Protocolo de reclamaciones colectivas es, como ya se ha afirmado, un premio para los derechos sociales⁷², pero también supone una buena oportunidad para que España se ponga también al día en el cumplimiento de los deberes que tiene pendientes⁷³, tal y como han puesto de manifiesto las conclusiones aquí analizadas del CEDS. Desde luego, el deseable punto de inflexión en la falta de ejemplaridad de España por sus incumplimientos reincidentes de la regulación de los derechos laborales elementales, tanto individuales como colectivos, de la CSE de 1961 debería venir marcado por reformas de nuestro derecho del trabajo que se aparten de los principios economicistas que han propiciado –especialmente desde el comienzo de la década de los noventa del siglo pasado– las actuales desregulación y precariedad laborales y se aproximen, ajustándose lo máximo posible, a la interpretación y aplicación que el CEDS realiza de la CSE. Lógicamente, el diálogo social, como medio para la elaboración por consenso de las políticas económicas y sociales, también juega aquí un papel determinante que no puede pasarse por alto, pero siempre sobre la base de que también tiene que estar al servicio del cumplimiento de las obligaciones que España tiene contraídas como Estado miembro del Consejo de Europa.

⁷² Al respecto, Salcedo Beltrán (2021).

⁷³ Dando cuenta de todas las situaciones actuales de no conformidad de España, *vid.* la información que ofrece el Consejo de Europa en <https://rm.coe.int/spain-and-the-european-social-charter/1680492969>.

Referencias bibliográficas

- Jimena Quesada, Luis. (2015). El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 25, 99-127.
- Martínez Girón, Jesús y Arufe Varela, Alberto. (2016). *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law* (4.ª ed.). Atelier.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2015). Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales. *Colección Actualidad. Centro de Estudios Andaluces*, 73, 1-35.
- Salcedo Beltrán, Carmen. (2021). La autorización de la firma del protocolo de reclamaciones colectivas: un premio para los derechos sociales. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.
- Teixeira Alves, Luisa. (2014). *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*. Atelier.

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

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Magistrado director del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Extracto

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

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

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

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

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

Juan Manuel San Cristóbal Villanueva

Abstract

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

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

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

1. Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. La aplicabilidad directa de la CSE

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

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

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

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

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

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

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

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

Y, por lo que respecta a los efectos *self-executing* de la CSE, hay que acudir al [artículo 30 de la citada Ley 25/2014](#) para comprobar que «[l]os tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. El control de constitucionalidad y de convencionalidad

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y el TC finaliza afirmando que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En palabras del propio TS:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad

Francesc Xavier González de Rivera Serra

*Magistrado del Juzgado número 3 de Barcelona
Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Pompeu Fabra*

Extracto

El criterio doctrinal y jurisprudencial sobre el tiempo de trabajo establece que este es el espacio temporal en el que la persona trabajadora está en el puesto de trabajo y desempeñando su actividad y funciones para quien la contrató, lo cual se corresponde con la definición de la Directiva 2003/88/CE, y, en contraposición a ello, el tiempo de descanso es todo el periodo que no es de trabajo. Surgen entonces toda una serie de cuestiones relativas a los periodos en los que, sin trabajar efectivamente, las personas deben estar a disposición de la empresa. Ante el binomio tiempo de trabajo y tiempo de descanso, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido abordando la interpretación de los espacios intermedios en función de la casuística. Por el contrario, la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, a partir de lo que dispone el artículo 2 de la Carta Social Europea, ha señalado que el periodo de las llamadas guardias de localización, en tanto hay una disponibilidad de la persona trabajadora para prestar servicios, aun cuando conlleve una ausencia de trabajo efectivo, no puede constituir un criterio suficiente para considerar dicho periodo como tiempo de descanso.

Palabras clave: tiempo de trabajo y de descanso; trabajo efectivo; guardias de localización; derechos de conciliación; seguridad y salud laboral; Carta Social Europea.

Cómo citar: González de Rivera Serra, Francesc Xavier. (2021). Tiempo de trabajo y guardias de disponibilidad. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 205-217.

Working time and on-call periods

Francesc Xavier Gonzàlez de Rivera Serra

Abstract

The doctrinal and jurisprudential criteria on working time establishes that this is the temporary space in which the worker is in their job and performing their activity and functions for the person who hired them. This corresponds to the definition of Directive 2003/88/CE, and in contrast to this, rest time is the entire period that they are not working. A number of questions then arise regarding the periods in which, when not actually working, employees have to be available to the company. In the light of the dichotomy between working time and rest time, the doctrine of the Court of Justice of the European Union has been engaging the interpretation of intermediate time periods based on case studies. On the other hand, the jurisprudence of the European Committee of Social Rights, based on the provisions of article 2 of the European Social Charter, has indicated that the so-called on-call periods, as long as the worker is available to provide services, even when this entails an absence from effective work, cannot constitute a sufficient standard to consider this period as a time of rest.

Keywords: working time and rest time; effective work; on-call periods; conciliation rights; occupational health and safety; European Social Charter.

Citation: Gonzàlez de Rivera Serra, Francesc Xavier. (2021). Working time and on-call periods. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 205-217.

1. Introducción

Para abordar adecuadamente los conceptos de «tiempo de trabajo» y «guardias de disponibilidad», objeto de este comentario, es conveniente, primero de todo, referirnos a lo que en una sociedad industrial significa «trabajo». Según la teoría clásica, trabajo es una actividad humana que se incorpora al valor de los materiales sobre los que se trabaja (Smith)¹, pero también, no podemos olvidar, es la actividad principal y más importante del ser humano². Por esa razón es factible deducir que el tiempo que dedicamos al trabajo, a la par que determina el contenido de la relación misma de trabajo, constituye uno de los ejes sobre los cuales se mueven nuestras vidas. Así, el primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)³ reconoció, sobre la base de la duración máxima del tiempo de trabajo en 8 horas diarias y 48 semanales, la división de la vida de las personas trabajadoras con la famosa regla de los tres ochos diarios: trabajo, sueño y ocio.

Lo que ha sido una realidad durante largos años, se ha visto transformada por los cambios experimentados en las últimas décadas a nivel demográfico, social, económico y cultural. No se analizarán las causas en este momento, pero lo cierto es que esto ha supuesto que una de las cifras de aquella regla clásica –la de los tres ochos– se haya ido reduciendo y, correlativamente, aumentando otra, quizás un tanto artificiosamente: trabajo versus ocio. La reducción de una y el aumento de otra no se debe en absoluto a las menores o mayores necesidades de las empresas o de las personas trabajadoras, sino a la toma en consideración de otros factores que antes eran impensables, pero que ahora han adquirido especial relevancia; me refiero a la salud laboral, la seguridad en el trabajo o la conciliación de la vida laboral y personal.

¹ «El operario industrial añade generalmente al valor de los materiales con los que trabaja el de su propia manutención y el del beneficio de su patrono».

² Marx, en *El capital (tomo I)*, señala:

El trabajo es, en primer término, un proceso entre la naturaleza y el hombre, proceso en que este realiza, regula y controla mediante su propia acción su intercambio de materias con la naturaleza. En este proceso, el hombre se enfrenta como un poder natural con la materia de la naturaleza. Pone en acción las fuerzas naturales que forman su corporeidad, los brazos y las piernas, la cabeza y la mano, para de ese modo asimilarse, bajo una forma útil para su propia vida, las materias que la naturaleza le brinda. Y a la par que de ese modo actúa sobre la naturaleza exterior a él y la transforma, transforma su propia naturaleza, desarrollando las potencias que dormitan en él y sometiendo el juego de sus fuerzas a su propia disciplina.

³ **Convenio número 1 de la OIT**, sobre las horas de trabajo (industria), 1919, ratificado por España el 1 de mayo de 1931.

La percepción social de esa realidad es fácilmente constatable si a una persona lega en derecho del trabajo le preguntamos qué entiende por tiempo de trabajo. Con toda probabilidad nos dirá, razonablemente, que es el periodo de tiempo en el cual la persona está prestando servicios para la empresa que la ha contratado. Así, sin más. Pero cuando introducimos ciertas variables a la pregunta, como pueden ser, por ejemplo, si computaría como tiempo de trabajo el periodo que emplea una persona para vestirse y desvestirse porque así lo requiere el tipo de trabajo que desempeña⁴, o si entiende que debe computar dentro del tiempo de trabajo el lapso temporal que destina una persona a llegar a su concreto puesto de trabajo, cuando ya está dentro del recinto de la empresa y para ello debe emplear un periodo de tiempo nada despreciable⁵, o si, yendo más allá, considera que no es tiempo de trabajo el periodo en que, sin trabajar estrictamente, esa persona debe estar localizable para atender a una llamada de la empresa y, en un plazo breve de tiempo, acudir a prestar sus servicios –la guardia de localización–, estas variables, muy probablemente, generarán a nuestra persona interlocutora, ajena a conocimientos jurídicos iuslaboralistas, serias dudas sobre lo que realmente es tiempo de trabajo. Y si además le aseguramos que, desde el punto de vista de la doctrina judicial, su inicial razonable criterio puede ser erróneo, nos exigirá más explicaciones.

No hagamos perder el tiempo a esta interlocutora, expliquémosle qué es «tiempo de trabajo», qué es «tiempo de descanso», y en qué parte del binomio colocamos el tiempo en el que esa persona no trabaja, pero tampoco descansa. Previamente, la contextualizaremos en el marco jurídico vigente que establece de forma aparentemente clara, sin zonas grises, que el tiempo de trabajo es el que la persona trabajadora está en el puesto de trabajo y desempeñando su actividad y funciones para quien la contrató, y tiempo de descanso es el resto, absolutamente todo. No ayudará nada tampoco que, además, se añada que el primero debe ser «efectivo»⁶, ya que es inherente a su naturaleza jurídica *stricto sensu*; lo contrario sería un contrasentido en su origen.

⁴ Determinadas normas reglamentarias sobre la protección de las personas trabajadoras contra riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos (RD 665/1997) o agentes biológicos (RD 664/1997) durante el trabajo ya disponen que se debe computar como de trabajo el tiempo necesario para su aseo personal, antes y después de la jornada laboral.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de octubre de 2012 (rec. 3402/2011) consideró accidente de trabajo el infarto de miocardio sufrido por un trabajador mientras se encontraba en el vestuario porque se estaba proveyendo de los equipos de protección individual obligatorios y ya había fichado a la entrada, contabilizando como tiempo de trabajo el cumplimiento de una obligación impuesta por la empresa.

⁵ Las más recientes SSTs en relación con esta cuestión (19 de noviembre de 2019, rec. 1249/2017; 18 de noviembre de 2020, rec. 2702/2018; o 26 de enero de 2021, rec. 3294/2018) han establecido que el tiempo empleado en el desplazamiento dentro de las instalaciones de la empresa no es de trabajo.

⁶ En el plano estrictamente legal, el Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo) emplea, por primera vez, el adjetivo «efectivo» para referirse a la jornada de trabajo, y a partir de este momento se ha venido haciendo referencia al trabajo efectivo como el que es objeto de regulación, en

A tenor de lo dispuesto en el [artículo 34.1 del ET](#), el tiempo de trabajo que se contabiliza a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria es el tiempo de «trabajo efectivo», quedando, por tanto, fuera de su alcance supuestos controvertidos, como son los tiempos de disponibilidad, los de desplazamiento, de espera, de mera presencia, de preparación o de actividades no directamente productivas. En cualquier caso, doctrinal y jurisprudencialmente está claro que el concepto de jornada de trabajo utilizado por el [artículo 34 del ET](#) equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por la persona trabajadora como pago de su deuda de actividad⁷.

Volviendo al inicio de la exposición. Esos otros factores a los que antes me refería (salud, prevención de riesgos o conciliación), junto con otros que actualmente están cobrando fuerza y que van a tener mucha más importancia en el futuro (valorización del tiempo de ocio, relaciones personales o sociales, acciones solidarias...), nos obligan a trasladar el actual paradigma, en el cual la actividad de las personas asalariadas tenía, y aún tiene, como eje central el periodo de trabajo y el «resto» del tiempo es el de descanso, a otro distinto, en el que el tiempo libre y el de las relaciones personales, sociales o familiares, pertenece a un ámbito que rige, o así debería ser, el principio de autodeterminación personal o individual ([Molina Navarrete, 2021](#)).

2. Guardias de localización

Ya he apuntado a esta figura cuando me refería al periodo de tiempo en que una persona trabajadora debe estar localizable para atender a la llamada de la empresa y acudir a prestar sus servicios en un plazo más o menos breve de tiempo. Pues bien, el marco actual se ha construido a partir de lo dispuesto en la [Directiva 2003/88/CE](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de

términos de fijar la jornada máxima, los descansos, diario, semanal y anual, las horas extras, o la remuneración. Este adjetivo no hace sino alimentar las dudas en torno a la propia existencia de un tiempo de trabajo «no efectivo», es decir, de un periodo de tiempo en el que la fuerza de trabajo se pone a disposición de la empresa (tiempo de trabajo), pero que no está sujeta a ninguna regulación o control (no efectivo), y, por tanto, en este periodo temporal, las notas definidoras de la relación laboral (dependencia, ajenidad, retribución, inclusión dentro del ámbito organizativo de una estructura empresarial) no tendrían virtualidad alguna. Otra cosa es que la relación de trabajo afecte a otros ámbitos que vayan más allá del periodo de trabajo efectivo, como puede ser cuando abordemos aspectos disciplinarios, o pactos una vez extinguida la relación laboral, etc.

⁷ [STS de 20 de junio de 2017 \(rec. 170/2016\)](#):

[...] en su concepción jurídico-laboral estricta el concepto de «jornada de trabajo», que es el término utilizado por el art. 34.1 ET, equivale al tiempo de servicios efectivamente prestados por el trabajador como pago de su deuda de actividad; en plano jurisprudencial «la jornada efectiva de trabajo es el tiempo que, en cómputo diario, semanal o anual, dedica el trabajador a su cometido laboral propio» y, en términos del art. 34.5 ET, es el tiempo en que el trabajador «se encuentra en su puesto de trabajo» (así, SSTS 21/10/94 –rco 600/94– y 06/03/00 –rco 1217/99–).

la ordenación del tiempo de trabajo, donde se establece (art. 2) que el tiempo de trabajo es «todo periodo durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales», y que el periodo de descanso es «todo periodo que no sea tiempo de trabajo».

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dicho reiteradamente que el concepto de «tiempo de trabajo» debe ser interpretado de forma autónoma respecto de los derechos nacionales, es decir, que tiene una acepción única como concepto de derecho comunitario⁸. Y ello a pesar de que dicha directiva prevea que los Estados miembros tienen la facultad de adoptar disposiciones que establezcan una duración del tiempo de trabajo y de los periodos de descanso más favorable para las personas trabajadoras, pero lo cierto es que tal disposición no ha significado dar libertad a los Estados para modificar ni un ápice los márgenes del tiempo de trabajo. En otras palabras, según la norma comunitaria y la interpretación hecha por el TJUE, mientras no trabajamos, descansamos.

Pero entonces la pregunta es obligada: si una persona no puede disponer de «su» tiempo autónomamente y organizar como mejor le parezca sus ocupaciones extralaborales, ¿por qué hemos de considerar de descanso ese tiempo? Aún más: ¿es que el tipo de trabajo desempeñado puede condicionar la vida privada? Y, por extensión, ¿se otorga esta facultad de organizar la vida de las personas trabajadoras a las empresas en función de sus necesidades?

Partimos, pues, de que esa dualidad entre tiempo de trabajo y de descanso no nos permite, en principio, ninguna matización, aunque lo cierto es que hay situaciones en las que tímidamente se permiten, pero que en verdad no encajan en la dualidad a la que me refiero. Con grandes esfuerzos interpretativos, el TJUE ha estado intentando combinar ambos conceptos –trabajo y descanso– y ha admitido por la vía del examen de casos concretos que los periodos de inactividad laboral durante los cuales la persona trabajadora no produce ningún resultado, pero que está presente y disponible, entienda que son de trabajo⁹.

Esta tendencia a la dilución de la barrera entre trabajo y descanso, en cierta forma, la inauguró el TJUE con la [sentencia Matzak](#)¹⁰, a partir de la cual la doctrina judicial interna española ha desarrollado un argumentario con el que se permiten ciertamente pronunciamientos diversos. Esta sentencia nos dice, en primer lugar, como no podía ser de otra manera si nos atenemos a la doctrina anterior, que los Estados miembros no pueden mantener

⁸ Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (SSTJCE) de [9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, Jaeger](#), y [1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, Dellas](#).

⁹ SSTJCE de [3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP](#), y [9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, Jaeger](#).

¹⁰ Sentencia del TJUE (STJUE) de [21 de febrero de 2018, asunto C-518/15, Matzak](#).

o adoptar una definición del concepto de tiempo de trabajo menos restrictiva que la que contiene el artículo 2 de la [Directiva 2003/88](#). Ahora bien, y esto es lo importante, en segundo lugar, admite que el tiempo de guardia en el que una persona trabajadora está en su domicilio, con la obligación de responder a las convocatorias de su empresa en un plazo de 8 minutos, restringe considerablemente la posibilidad de realizar otras actividades y, por consiguiente, debe considerarse tiempo de trabajo.

Los estrechos márgenes entre los que discurre el concepto de tiempo de trabajo, tanto desde la perspectiva del derecho comunitario¹¹, como del derecho interno¹², hacen que conceptos como «adaptabilidad» y «*aménagement*» del tiempo de trabajo¹³ ni tan siquiera se planteen como alternativas a la configuración del concepto o como ampliaciones a dichos márgenes, sino como obstáculos o barreras. De ahí que la doctrina judicial y gran parte de la doctrina científica hayan perpetuado el criterio clásico de que el centro de la vida de las personas trabajadoras es el sometimiento a las obligaciones laborales y cualquier planteamiento relacionado con el pleno desarrollo personal se examine como una excepción¹⁴.

Quizás como consecuencia de que el TJUE ha sido tan firme en la defensa del tenor literal de la [Directiva 2003/88](#), y sus precedentes, o simplemente viendo que ya no podía mantenerse la distinción clásica entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, el Parlamento

¹¹ Para la [STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, Dellas](#), apartado 44:

El Tribunal de Justicia también ha señalado a este respecto que los conceptos de «tiempo de trabajo» y de «periodo de descanso», en el sentido de la Directiva 93/104, no deben interpretarse en función de las disposiciones de las diferentes normativas de los Estados miembros, sino que constituyen conceptos de derecho comunitario que es preciso definir según características objetivas, refiriéndose al sistema y a la finalidad de dicha directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. En efecto, solo una interpretación autónoma semejante puede garantizar la plena eficacia de la directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados miembros (véase la sentencia Jaeger, antes citada, apartado 58).

Es decir, los Estados miembros no pueden establecer excepciones al sistema binario de «tiempo de trabajo» y «tiempo de descanso».

¹² La [STS de 4 de diciembre de 2018 \(rec. 188/2017\)](#) consideró que el artículo 34.5 del ET se ajustaba perfectamente al artículo 2 de la Directiva 2003/88/CE.

¹³ Como indica Casas Baamonde, María Emilia (2019), en «Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. Control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada» (*Actum Social*, 143, 5), «[...] la mayor adaptabilidad o "*aménagement*" ha de ser bidireccional y atender también las necesidades de los trabajadores. Están en ello concernidos los derechos de conciliación de los tiempos o vidas de las personas trabajadoras».

¹⁴ No se trata ciertamente de una situación en la que sea defendible como ejemplo de desarrollo personal, pero en la [STS de 10 de marzo de 2021 \(rec. 102/2009\)](#) se dice que una persona trabajadora en situación de guardia de localización no puede ingerir bebidas alcohólicas si cuando es llamado a trabajar debe conducir.

Europeo, en la sesión celebrada el 11 de mayo de 2005, con ocasión de la discusión y posterior rechazo de la modificación de la directiva, dijo que debería considerarse el tiempo de disponibilidad inactivo como tiempo de trabajo, permitiendo que los Estados miembros compatibilicen de forma diferente los tiempos de guardia inactivos para ser conformes con la duración semanal máxima media de trabajo. Desde entonces no ha habido más iniciativas al respecto, dejando a salvo las que han reclamado la regulación del derecho a la desconexión digital¹⁵.

No obstante, parece que una nueva línea interpretativa del TJUE, o, cuanto menos, una actualización de su propia doctrina, ha permitido abrir una pequeña grieta entre los compartimentos estancos de periodo de trabajo y de descanso. Me refiero a las dos sentencias dictadas el mismo día, 9 de marzo de 2021, en los asuntos [C-344/19, Radiotelevizija Slovenija](#), y [C-580/19, Stadt Offenbach am Main](#), planteadas, respectivamente, por el Tribunal Supremo de Eslovenia y por el Tribunal Contencioso-Administrativo de Darmstadt de Alemania. No es momento de analizar ambas resoluciones y sus implicaciones futuras, pero conviene resaltar que, aun sin moverse del tenor literal de la directiva, han permitido que se abran nuevas expectativas, lo que debería hacer reflexionar sobre las implicaciones que supone no permitir la plena autoadministración del tiempo por las personas trabajadoras¹⁶.

¹⁵ La [Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el derecho a la desconexión \[2019/2181\(INL\)\]](#), señala que el mayor uso de herramientas digitales en el trabajo ha generado una cultura de estar «siempre en línea» que repercute negativamente en la conciliación de la vida familiar y profesional de las personas trabajadoras y, finalmente, reclama a la Comisión que proponga una ley para garantizar a las personas trabajadoras el derecho a desconectarse fuera del horario laboral.

¹⁶ [STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19](#):

63. En segundo término, como ha subrayado la Comisión Europea, aun cuando no constituyan «tiempo de trabajo» en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88, los servicios de guardia implican necesariamente la imposición de obligaciones profesionales al trabajador y, por tanto, en esa estricta medida, forman parte de su entorno laboral, entendido en sentido amplio.

64. Pues bien, cuando tales servicios de guardia se prestan de forma continuada durante largos periodos o se producen a intervalos muy frecuentes, de modo que suponen una carga psicológica recurrente para el trabajador, aunque sea de baja intensidad, puede resultar muy difícil, en la práctica, que este se evada completamente de su entorno laboral durante un número suficiente de horas consecutivas que le permita neutralizar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud. Más aún cuando estos servicios de guardia tienen lugar durante la noche.

65. De ello se desprende que, habida cuenta de su obligación de proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales que puedan surgir en su entorno laboral, los empresarios no pueden introducir periodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos periodos se califiquen de «periodos de descanso» en el sentido del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2003/88. Corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación.

3. Tiempo de trabajo en la Carta Social Europea

A partir del contenido del artículo 2 de la Carta Social Europea (CSE), que reconoce unas condiciones de trabajo equitativas¹⁷, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ha hecho una interpretación diversa del concepto de tiempo de trabajo, y es sobre ello que debemos profundizar. Si, por un lado, no se puede afirmar, como así lo ha manifestado el CEDS, que la conformidad con el derecho de la Unión Europea (UE) no equivale a una presunción de conformidad con el derecho emanado del Consejo de Europa, también hemos de constatar que las normas de derecho derivado de la UE constituyen unos mínimos de homogeneización de las legislaciones de los diferentes Estados, sin que se debiera considerar que cualquier regulación que objetivamente mejora las condiciones establecidas en las directivas vaya en contra precisamente de esta norma comunitaria. Pero, además, la propia [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) (CDFUE) ha sido asumida con carácter normativo por el Tratado de Lisboa¹⁸, y se reconoce en su preámbulo que forma parte de las tradiciones constitucionales y obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros¹⁹.

¹⁷ [CSE originaria \(1961\)](#):

Artículo 2. Derecho a unas condiciones de trabajo equitativas.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las partes contratantes se comprometen:

1. A fijar una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes.

[...]

La [CSE revisada \(1996\)](#) reconoce el derecho a la duración razonable de las horas de trabajo en los mismos términos que la originaria.

¹⁸ Artículo 6 del [Tratado de la Unión Europea](#):

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

[...]

¹⁹ Preámbulo de la [CDFUE](#):

La presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad, los derechos que emanan, en particular, de las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los Estados miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las

Este diferente criterio del CEDS se ha materializado tanto en tres decisiones de fondo, de 12 de octubre de 2004²⁰, 8 de diciembre de 2004²¹, 23 de junio de 2010²², como en las [Conclusiones referidas a España XX-3 \(2014\)](#), publicadas en enero de 2015, y [XXI-3 \(2018\)](#), publicadas en marzo de 2019.

En la primera de las decisiones, después de considerar que los periodos de guardia durante los cuales la persona trabajadora no ha sido llamada para prestar servicios –guardia de localización– no constituyen tiempo de trabajo efectivo, se señala que ese periodo no puede ser considerado como de descanso en el sentido del artículo 2 de la Carta, dejando a salvo determinadas profesiones o circunstancias (apdo. 50). Efectivamente, no se considera como descanso porque se impide a la persona trabajadora dedicarse a las actividades de su libre elección, programadas dentro de los límites del tiempo disponible antes de reanudar el trabajo en un momento determinado, ya que lo contrario sería mantener una situación de dependencia hacia la empresa (apdo. 51). Claro está que esta disponibilidad de la persona trabajadora para prestar servicios que conlleve una ausencia de trabajo efectivo no puede constituir un criterio suficiente para considerar dicho periodo como tiempo de descanso mediante la constatación *a posteriori* de que no ha trabajado, sino que se pone el acento en que la libre disposición de su tiempo debe asegurarse *a priori* (apdo. 52). Y concluye el Comité que la asimilación de periodos de guardia a tiempo de descanso constituye una violación del derecho a una duración razonable del trabajo previsto por el artículo 2.1 de la [Carta revisada](#) (apdo. 53). La segunda decisión de fondo a la que aludo expone los mismos razonamientos en los apartados 35 a 38, pero en el 39 añade que, en la medida en que los periodos de guardia pueden efectuarse en domingo, igualmente constituye una violación de la [Carta revisada](#). Y la tercera vuelve a insistir en la misma posición mantenida anteriormente, recurriendo al tenor literal de los apartados 35 a 37 de la decisión de 7 de diciembre de 2004.

Ahora bien, en esta última decisión de fondo, el Comité hace determinados razonamientos que merecen ser destacados. Primero, de carácter general, en torno a la relación entre el derecho de la UE y los Estados miembros de la misma y la CSE, y, a continuación, se refiere a los específicos del concepto de tiempo de trabajo. Estos argumentos (apdos. 32 a 42), resumidamente, dicen lo siguiente:

Cartas Sociales adoptadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En este contexto, los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros interpretarán la Carta atendiendo debidamente a las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del *Praesidium* de la convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del *Praesidium* de la convención europea.

²⁰ [Confédération française de l'Encadrement \(CFE-CGC\) c. France, reclamación número 16/2003, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004.](#)

²¹ [Confédération générale du travail \(CGT\) c. France, reclamación número 22/2003, decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004.](#)

²² [Confédération générale du travail \(CGT\) c. France, reclamación número 55/2009, decisión de fondo de 23 de junio de 2010.](#)

- El hecho de que las disposiciones que regulan determinados aspectos relativos a la jornada de trabajo se inspiren en una directiva de la UE no implica que no sea aplicable la Carta.
- Los Estados son responsables de las medidas que adoptan cuando trasponen una directiva que tendrá influencia en los derechos establecidos en la Carta, así como de los compromisos suscritos por su ratificación, debiendo tener en cuenta que corresponde al Comité apreciar si la situación nacional se ajusta a la Carta.
- A diferencia de lo que ocurre con la [Convención Europea de los Derechos Humanos](#), con respecto a la Carta y a los derechos sociales no existe una presunción de conformidad de las normas jurídicas de la UE a la CSE, ni tampoco se estima que haya intención de ello, apreciando una falta de voluntad política de la UE de adherirse a la CSE, tal como se hizo con la Convención Europea de Derechos Humanos.
- El CEDS deberá examinar si los Estados parte de la CSE garantizan los derechos reconocidos en la Carta en el derecho interno.
- Especialmente y en relación con la [Directiva 2003/88/CE](#), el Comité debe examinar la conformidad de las legislaciones de todos los Estados miembros de la UE con el contenido de la Carta, y para ello tiene en cuenta que en la directiva no se hace absolutamente ninguna referencia a la misma a pesar de que el conjunto de Estados miembros de la UE han ratificado la Carta.
- No obstante, el Comité constata respecto de los derechos enunciados en los artículos 2.1 y 4.2 de la [Carta revisada](#) que, en tanto que la directiva prevé numerosas excepciones que pueden comprometer en la práctica el respeto a la Carta, podrá comprobarse si la regulación puede ser o no conforme con la Carta una vez que los Estados miembros traspongan al derecho interno dichas excepciones.

En esa misma línea, las Conclusiones del CEDS referidas a España [XX-3 \(2014\)](#) y [XXI-3 \(2018\)](#) nos recuerdan lo ya dicho en las decisiones de fondo antes mencionadas: considerar como tiempo de descanso el periodo de disponibilidad en el que no se ha de desarrollar ninguna actividad, pero que la persona trabajadora está a disposición de la empresa, es una violación del artículo 2.1 de la CSE, y que, por tanto, se infringe el derecho a una duración razonable del trabajo.

Es cierto que el Comité no es una jurisdicción en toda su plenitud, aun cuando opere con criterios estrictamente jurídicos ([Jimena Quesada, 2004, pp. 162 y 169-170](#))²³, y sus

²³ Nos dice el autor que el término «jurisprudencia» no se refiere al conjunto de resoluciones judiciales de órganos jurisdiccionales, sino que se trata de la actividad desarrollada por el Comité de Expertos Independientes, ahora Comité Europeo de Derechos Sociales. También que:

decisiones no son directamente ejecutivas. Pero su contenido jurídico, el análisis de la legislación y su rigor científico les dan un alcance y un significado que debieran tener repercusiones legislativas concretas. No obstante, como nos recuerda el propio Comité, el Estado es responsable de los compromisos contraídos en el marco de la CSE, lo cual significa que debe estar en condiciones de asegurar, bien sea mediante la ley, bien a través de la jurisprudencia, que las soluciones adoptadas no comporten violaciones de la Carta ([Belorgey, 2007, pp. 354 y 359](#))²⁴. Una aplicación e interpretación que hagan los tribunales internos de la normativa comunitaria derivada, amparada por la rigidez de planteamientos del TJUE, es evidente que no se ajusta a la exégesis que hace el Comité, en el caso concreto del tiempo de trabajo, de la Carta.

El debate está servido, pues responder a la pregunta de por qué debemos aplicar la interpretación de la CSE hecha por el CEDS frente a la que hace el TJUE de la directiva comunitaria centra la cuestión. Para responder a esto debemos partir de una afirmación que, como se ha apuntado, no admitiría negación, y es que los pronunciamientos –conclusiones y decisiones de fondo– del CEDS expresan la interpretación auténtica de la CSE. Sin embargo, cuando estamos ante una norma internacional, la interpretación que debemos hacer, de todas las posibles, es la que garantice la mejor eficacia del derecho reconocido en la misma, y para ello será necesario acudir a la jurisprudencia de los órganos de control de los instrumentos internacionales, lo que nos permitirá una aplicación de la misma que no entre en contradicción con la norma internacional. Así lo aceptó el Tribunal Constitucional en la [Sentencia 116/2006, de 24 de abril](#), respecto de las decisiones adoptadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido de dar absoluta validez al contenido de las resoluciones de un organismo de control encargado de la interpretación de un convenio internacional²⁵.

La circunstancia de que la Carta Social no cuente con un mecanismo jurisdiccional [...] no significa que el sistema de informes sea inocuo, no solo por el impacto que dichos informes puedan tener en la opinión pública internacional, sino por la mejora que ellos proyecten sobre los ordenamientos internos.

²⁴ Señala el autor que, aun cuando sus decisiones no son directamente ejecutivas, el Comité de Ministros les ha dado semejante fuerza, por lo que «[n]os encontramos no tanto ante una justicia delegada, sino ante una justicia retenida».

²⁵ «Ahora bien, el que los dictámenes del Comité no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el pacto y que, de conformidad con la Constitución, el pacto no solo forma parte de nuestro derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que, además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE); interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)» (FJ 5.º).

Partiendo, pues, de esa dicotomía entre periodo de trabajo y periodo de descanso, sobre la base de que el TJUE establece que los periodos de disponibilidad no presencial no son tiempo de trabajo, pero admitiendo que ello no afecta a la retribución del mismo²⁶, y que el CEDS ha señalado que estos periodos no se pueden considerar como de tiempo de descanso en sentido estricto, parece que no tenga cabida un concepto nuevo, o *tertium genus*. Precisamente esto hace más necesario que esos periodos de tiempo en los que no se trabaja, pero que se está a disposición de la empresa, deben tener una regulación específica que garantice el reconocimiento de los derechos ligados a la necesaria y obligatoria desconexión con el medio laboral, en términos de duración máxima de la jornada de trabajo, de descanso entre jornadas, de protección de la seguridad y la salud laboral y de atención de la vida personal, familiar y social, o, en definitiva, la atribución al descanso de un periodo de tiempo en el que sea posible la autodeterminación personal. Pero también, determinar si el tiempo de localización conlleva una remuneración y, en su caso, el importe de la misma, sin que resulte aplicable ningún tipo de suelo mínimo (Aragón Gómez, 2018), reconociendo la libertad de las partes en la fijación de la cuantía.

Visto desde otra perspectiva, lo que sería una colisión entre la CSE y el derecho de la UE podría no serlo si, como he dicho, la normativa comunitaria tiene carácter de mínimos²⁷, de modo que la ordenación del tiempo de trabajo y los periodos de descanso son aspectos que podrían ser regulados por normas internas y, por lo tanto, ser más beneficiosas para las personas trabajadoras.

Mientras tanto, la única interpretación que debería ser posible, por lo demás auténtica, acorde con el cumplimiento de las normas internacionales de trabajo, y especialmente de la CSE, sería que los periodos de disponibilidad no presenciales no podrían ser considerados como tiempo de descanso.

²⁶ STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-344/19:

59. Del mismo modo, la Directiva 2003/88 no se opone a aquellas normativas, convenios colectivos o decisiones del empresario que, en lo que concierne a los periodos de guardia que deberían considerarse totalmente excluidos del concepto de «tiempo de trabajo» a efectos de la aplicación de dicha directiva, prevén, no obstante, que se abone al trabajador afectado una cantidad destinada a compensar los inconvenientes que le causen dichos periodos de guardia en la administración de su tiempo y de sus intereses privados.

STJUE de 9 de marzo de 2021, asunto C-580/19:

56. En cuarto lugar, procede recordar que, a excepción del caso particular de las vacaciones anuales retribuidas, mencionado en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88, esta directiva se limita a regular determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo a fin de garantizar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, de modo que, en principio, no se aplica a su retribución [sentencia dictada en el día de hoy, Radiotelevizija Slovenija (periodo de disponibilidad no presencial en un lugar remoto), C-344/19, apartado 57].

²⁷ Artículo 1 de la Directiva 2003/88/CE: «La presente directiva establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo».

La seguridad y salud en el trabajo. La virtualidad aplicativa de la Carta Social Europea en tiempos de pandemia

Carlos Hugo Preciado Domènech

Doctor en Derecho

Magistrado especialista del orden social. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

Extracto

Este trabajo trata sobre la virtualidad aplicativa de la Carta Social Europea en nuestro derecho interno, en el contexto de la pandemia de la COVID-19 y, más concretamente, en el relevante ámbito de la prevención de riesgos laborales. Se analizan algunas resoluciones de los tribunales que han sido relevantes en este marco.

Palabras clave: Carta Social Europea; seguridad y salud de las personas trabajadoras en tiempos de COVID-19.

Cómo citar: Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2021). La seguridad y salud en el trabajo. La virtualidad aplicativa de la Carta Social Europea en tiempos de pandemia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 218-228.

European Social Charter. Health and safety of workers in times of COVID-19

Carlos Hugo Preciado Domènech

Abstract

This paper deals with the applicative virtuality of the European Social Charter in our domestic law, within the context of the COVID-19 pandemic and, more specifically, in the important field of occupational risk prevention. Some court decisions that have been relevant in this context are analysed.

Keywords: European Social Charter; health and safety of workers in times of COVID-19.

Citation: Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2021). European Social Charter. Health and safety of workers in times of COVID-19. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 218-228.

1. Introducción

En el presente trabajo abordaremos la virtualidad aplicativa de la [Carta Social Europea](#) (CSE) en nuestro derecho interno, dentro del contexto de la pandemia por COVID-19 y, más concretamente, en el importante ámbito de la prevención de riesgos laborales.

Para ello, en un primer momento, expondremos algunas notas generales sobre el estándar interpretativo que del [artículo 3 de la CSE](#) ha desplegado el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)¹. En un segundo desarrollo de la cuestión propuesta, analizaremos algunas sentencias de los tribunales superiores de justicia (TSJ) sociales recaídas durante la pandemia por COVID-19 que citan y aplican la CSE, en concreto, su artículo 3.

2. La CSE y la protección de la seguridad y salud en el trabajo²

La CSE dispone que: «Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad e higiene en el trabajo».

El derecho de cada persona trabajadora a un ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho ampliamente reconocido que deriva directamente del derecho a la integridad de la persona humana, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos³. El objetivo del artículo 3 está, de hecho, directamente relacionado con el artículo 2 del [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), que garantiza el derecho a la vida⁴. Se aplica en todas las ramas de la economía y sectores público y privado, personas empleadas y trabajadoras independientes⁵.

Algunos de los recientes avances, como el aumento de la competencia, la libre circulación de personas, las nuevas tecnologías, las limitaciones organizativas, el autoempleo, la externalización y el empleo en pequeñas y medianas empresas, o incluso el constante ritmo de trabajo, someten el entorno laboral a permanentes cambios y crean nuevas formas de

¹ Pueden consultarse en el Digesto de doctrina del CEDS: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>.

² En este epígrafe exponemos las líneas generales de la doctrina del CEDS sobre el artículo 3 de la CSE, que se hallan desarrolladas en el [Digesto de doctrina del CEDS](#).

³ Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del artículo 3.

⁴ Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 3.

⁵ Conclusiones II (1971), Observación interpretativa del artículo 3.

empleo, que generan, acentúan o desplazan los factores de riesgo para la salud y la seguridad de las personas trabajadoras. Las nuevas tecnologías, las limitaciones organizativas y las exigencias psicológicas favorecen, en particular, la aparición de factores de riesgo psicosocial que pueden causar estrés, agresión, violencia y acoso en el lugar de trabajo. En ocasiones, ello desemboca en problemas de salud mental que pueden tener un gran impacto en el desempeño laboral, la proporción de bajas por enfermedad, las tasas de absentismo, la cantidad de accidentes y la rotación del personal. También se ha demostrado que se encuentran entre las causas más importantes de enfermedad y discapacidad en el mundo, independientemente de la edad, género o clase social, y afectan tanto a los países menos desarrollados como a los más desarrollados.

Recientemente, diversos estudios también han demostrado que las políticas de salud y seguridad en el trabajo y la gestión de los riesgos psicosociales son más responsabilidad de las grandes empresas y que, en la práctica, el cumplimiento de los requisitos legales y la demanda de las personas empleadas han sido los principales vectores de interés en los riesgos psicosociales. También parece que los elementos que fomentan, así como los que obstaculizan, la gestión de los riesgos psicosociales son intrínsecamente multidimensionales, en el sentido de que la voluntad de actuar de las empresas depende de varios factores, como la racionalidad organizacional, oportunidad o, en cualquier caso, cumplimiento de las disposiciones legislativas y reglamentarias. Estos factores complejos y multidimensionales refuerzan exigencias en materia de competencias, recursos y capacidad institucional de la inspección del trabajo, que los Estados parte deben tener en cuenta para cumplir con sus obligaciones en virtud de la Carta⁶.

2.1. Organización de la prevención de riesgos laborales

Una cultura de prevención implica que todas las partes actoras (autoridades públicas, empresas, personas trabajadoras) participan activamente en la prevención de riesgos laborales dentro de un marco de derechos y obligaciones bien definidos y de estructuras organizadas. Los aspectos principales son:

- Con respecto a la empresa: además del cumplimiento de las normas de protección, la evaluación de los riesgos laborales y la adopción de medidas de prevención adaptadas a la naturaleza de los riesgos, la información y la formación de las personas trabajadoras⁷. Esto incluye la evaluación de los riesgos específicos del puesto de trabajo, el único aspecto que se enmarca en el artículo 3.1, mientras que las medidas de seguimiento de esta evaluación se encuentran dentro del derecho que garantiza el artículo 3.2. Se debe dar especial importancia a ciertas ramas de actividad

⁶ Conclusiones 2013, Observación interpretativa del artículo 3.

⁷ Conclusiones 2009, Armenia.

(construcción, agricultura, pesca, silvicultura, metalurgia, extracción, etc.), ciertas empresas (pequeñas y medianas) y trabajos atípicos (temporales de plazo fijo, temporales estacionales) particularmente expuestos. Con respecto a los trabajos atípicos, las personas empleadoras y/o usuarias deben proporcionar información médica adecuada, capacitación y supervisión, que tenga en cuenta la exposición a los riesgos laborales acumulados con las personas empleadoras sucesivas.

- Con respecto a las autoridades públicas: el desarrollo de un sistema apropiado de prevención y control público de la aplicación de las normas de seguridad y salud en el trabajo⁸. El único aspecto de las actividades de la inspección del trabajo que se enmarca en el artículo 3.1 es el intercambio, dentro del marco de actividades de información, capacitación y prevención, del conocimiento sobre los riesgos y su prevención adquiridos durante las inspecciones e investigaciones⁹.

2.2. Ámbito de aplicación personal de la ley marco y regulaciones específicas

Todas las personas trabajadoras, todos los puestos de trabajo y todos los sectores de actividad deben estar cubiertos por las normas de seguridad y salud en el trabajo¹⁰.

En este caso, el término «trabajadores» abarca no solo a las personas empleadas, sino también a las trabajadoras por cuenta propia, sobre todo porque estas últimas suelen estar empleadas en sectores de alto riesgo¹¹. El objetivo es que el entorno laboral sea seguro y saludable para garantizar la salud y la seguridad de todas las personas trabajadoras, por medio de normas adaptadas en cada caso a su situación¹².

Las personas trabajadoras interinas, temporales, estacionales y de duración determinada deben ser objeto de protección que, sin ser necesariamente específica, tenga en cuenta la exposición a agentes peligrosos o sustancias acumuladas con varias empleadoras sucesivas, a fin de evitar discriminación en materia de seguridad y salud en el trabajo en comparación con las personas trabajadoras por tiempo indefinido¹³. Si es necesario, los reglamentos deben prohibir el uso de trabajadores/as temporales para ciertas actividades particularmente peligrosas¹⁴.

⁸ Conclusiones 2007, Chipre.

⁹ Conclusiones 2009, Malta.

¹⁰ Conclusiones II (1971), Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961).

¹¹ Conclusiones 2005, Estonia.

¹² Conclusiones III (1973), Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961); Conclusiones IV (1975), Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961); Conclusiones XIII-4 (1996), Bélgica.

¹³ Conclusiones 2009, Andorra.

¹⁴ Conclusiones 2013, Bulgaria.

Como tal, la Comisión tiene en cuenta la implementación de puntos de referencia internacionales en esta área: Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) [números 96 sobre oficinas de empleo remunerado \(1949\)](#) y [181 sobre agencias de empleo privadas \(1997\)](#); [Convenio de la OIT número 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores \(1981\)](#); [Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1991](#), que complementa las medidas para promover mejoras en la seguridad y la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o con una relación laboral provisional, modificada por la [Directiva 2007/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007](#)¹⁵. También tiene en cuenta las obligaciones establecidas por los reglamentos para proporcionar a las personas trabajadoras temporales control médico, información y formación relacionados con seguridad y salud en el trabajo en la contratación, transferencia o introducción de nuevas tecnologías¹⁶, así como la representación de estas personas trabajadoras en asuntos de seguridad y salud en el trabajo¹⁷, o incluso las medidas adoptadas para reducir la alta incidencia de accidentes laborales que sufren.

Todos los sectores de la economía deben estar cubiertos por la ley marco y los reglamentos¹⁸. No es necesario que se adopte un texto específico para cada actividad o sector, pero es necesario que, en su redacción, los textos sean lo suficientemente precisos para permitir su aplicación efectiva en todos los sectores, teniendo en cuenta en particular la importancia o la peligrosidad de cada sector. Los sectores comerciales deben estar cubiertos en su totalidad y todas las empresas deben estar cubiertas con independencia del número de personas trabajadoras¹⁹.

Ningún puesto de trabajo, ni siquiera un hogar, puede estar «exento» de la aplicación de las normas de salud y seguridad. Por lo tanto, las categorías de personas trabajadoras empleadas en hogares (personas trabajadoras domésticas y a domicilio) deben cubrirse²⁰, pero los requisitos pueden adaptarse al tipo de actividad y la naturaleza de bajo riesgo de la ocupación de estas personas trabajadoras y, en particular, formularse en términos generales²¹.

Las personas trabajadoras autónomas que deben intervenir en varios lugares de trabajo no deben ser discriminadas en relación con las asalariadas o el funcionariado público en materia de seguridad y salud en el trabajo, y también deben estar cubiertas por las

¹⁵ Conclusiones 2009, Rumanía.

¹⁶ Conclusiones 2009, Lituania.

¹⁷ Conclusiones 2009, Bélgica.

¹⁸ Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961).

¹⁹ Conclusiones XIII-1 (1993), Grecia.

²⁰ Conclusiones XIII-1 (1993), Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961).

²¹ Conclusiones XIV-2 (1998), Bélgica.

reglamentaciones²². La obligación de reglamentar va más allá de las políticas de prevención, capacitación y vigilancia médica contempladas en la [Recomendación 2003/134/CE del Consejo, de 18 de febrero de 2003](#), sobre la mejora de la protección de seguridad y salud laboral de los trabajadores autónomos. El gran número de personas trabajadoras autónomas puede ser un factor a tener en cuenta²³.

Para cumplir con el artículo 3.2, los Estados parte deben cubrir específicamente la mayoría de los riesgos enumerados mediante la revisión de las medidas tomadas por las autoridades públicas para proteger a las personas trabajadoras del estrés, la agresión y la violencia específicos de las tareas realizadas en informes de trabajo atípicos, al examinar el alcance personal de las normas de seguridad y salud ocupacional²⁴.

2.3. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales²⁵

La frecuencia de los accidentes laborales y su evolución son decisivas para evaluar el respeto efectivo del derecho consagrado en el artículo 3.3²⁶.

Como tal, se tiene en cuenta el número total de accidentes en el trabajo (número de accidentes fuera del viaje que impliquen más de 3 días de baja) y el número de accidentes de este tipo en comparación con el sector económico (en comparación con el número de personas trabajadoras empleadas en cada sector económico) (tasa de incidencia estandarizada por cada 100.000 personas trabajadoras definida por Eurostat que tiene en cuenta la importancia relativa de los diferentes sectores de empleo en la economía del país)²⁷. Este análisis se realiza sobre el número total de accidentes, combinando todos los sectores, en ciertos sectores²⁸, o en ciertas categorías de personas trabajadoras²⁹. La situación se considera no conforme cuando, durante varios años, esta frecuencia es manifiestamente demasiado alta para considerar que se está garantizando el ejercicio efectivo del derecho a la salud y la seguridad en el trabajo. Esta evaluación se realiza en términos absolutos³⁰ o en relación con el promedio de los Estados parte en la Carta³¹.

²² Conclusiones 2005, Estonia.

²³ Conclusiones XIX-2 (2009), España.

²⁴ Conclusiones 2013, Observación interpretativa del artículo 3.2 (art. 3.1 Carta de 1961).

²⁵ Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 3.3 (art. 3.2 Carta de 1961).

²⁶ Conclusiones 2017, Francia.

²⁷ Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 3.3 (art. 3.2 Carta de 1961).

²⁸ Conclusiones XIV-2 (1998), Portugal.

²⁹ Conclusiones 2009, Italia.

³⁰ Conclusiones 2003, Eslovenia.

³¹ Conclusiones XIV-2 (1998), Portugal.

El mismo razonamiento se aplica al número total de accidentes mortales en el lugar de trabajo en relación con el número total de la mano de obra. Una alta tasa de accidentes mortales muestra que las medidas para reducir dicha tasa son inadecuadas y que, por lo tanto, la situación no es conforme con la Carta³².

Los Estados parte deben proporcionar información sobre la tasa de las principales enfermedades profesionales, aunque todavía no se han establecido criterios para evaluar su desarrollo y la conformidad del nivel de las tasas de estas enfermedades.

Sin embargo, el Comité tiene en cuenta la [Recomendación 2003/670/CE de la Comisión, de 19 de septiembre de 2003](#), sobre la lista europea de enfermedades profesionales, y la [Recomendación número 194 de la OIT](#) sobre la lista de enfermedades profesionales y el registro y la declaración de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como una [nueva lista de enfermedades profesionales aprobada por la Junta Directiva el 25 de marzo de 2010](#), que incluye una serie de enfermedades profesionales reconocidas internacionalmente, que van desde problemas de salud causados por agentes químicos, físicos y enfermedades biológicas, hasta enfermedades respiratorias y de la piel, incluidos los trastornos musculoesqueléticos y cánceres profesionales³³.

La estadística de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales debe ser fiable y completa y conforme con los métodos estadísticos generalmente reconocidos³⁴. Los Estados parte deben tomar medidas para combatir el riesgo de no declaración u ocultamiento de accidentes y enfermedades³⁵. Un sistema ineficaz o defectuoso para contabilizar accidentes o enfermedades puede conducir a una conclusión de incumplimiento³⁶.

En el contexto de la pandemia COVID-19, hay que subrayar las Conclusiones XXII-1, de 29 de enero de 2021, sobre España, en relación con la aplicación del artículo 1.2 de la CSE³⁷, que muestran la importancia de la CSE y se refieren a la desprotección de las personas trabajadoras de la fresa en tiempos de pandemia. En dichas conclusiones se asevera lo siguiente:

Con respecto al sector agrícola, el Comité toma nota de que el GRETA también ha instado a las autoridades españolas a abordar los riesgos de la trata de seres humanos en este sector en particular (GRETA, informe de 2018, párr. 90). También

³² Conclusiones 2013, Lituania.

³³ Conclusiones XXI-2 (2017), Islandia.

³⁴ Conclusiones IV (1975), Observación interpretativa del artículo 3.3 (art. 3.2 Carta de 1961).

³⁵ Conclusiones 2013, Albania.

³⁶ Conclusiones 2013, Albania.

³⁷ Conclusiones de XXII-1/def/ESP/1/2/EN.

toma nota de que se han expresado preocupaciones sobre la explotación de los trabajadores migrantes en ese sector. La Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la pobreza extrema y los derechos humanos ha llamado la atención sobre la situación de las mujeres migrantes de Marruecos que viajan cada año (aproximadamente 3.000 mujeres migrantes) a la ciudad de Huelva durante la cosecha anual de fresas, donde a menudo trabajan más horas que las límite legal de horas de trabajo y se les paga por debajo del salario mínimo, o en ocasiones no se les paga en absoluto (26 de junio de 2020, fuera del periodo de referencia). Según él, «la total dependencia de los trabajadores migrantes estacionales en el negocio de la fresa en Huelva conduce habitualmente a situaciones que equivalen al trabajo forzoso, sin tener en cuenta tanto las normas internacionales de derechos humanos como la legislación nacional». También se refirió a la desprotección de estos trabajadores durante la pandemia COVID-19. El Comité toma nota de otra fuente que el 1 de agosto de 2020 (fuera del periodo de referencia), un ciudadano nicaragüense que trabajaba en una plantación de sandías en la Región de Murcia murió de calor y deshidratación, tras once horas de trabajo. Quedó inconsciente frente a un centro de salud. La Comisión solicita que en el próximo informe se indique si se han adoptado medidas legislativas, o de otra índole, específicas para abordar la situación de los trabajadores migrantes en el sector agrícola con miras a prevenir el trabajo forzoso y la explotación laboral. En caso de que la información solicitada no se proporcione en el próximo informe, nada permitirá demostrar que la situación se ajusta al artículo 1§2 con respecto a la explotación laboral de los trabajadores migrantes en el sector agrícola.

3. Algunas resoluciones de los tribunales españoles sobre seguridad y salud en el trabajo que aplican la CSE

En el contexto de la pandemia, se han dictado algunas resoluciones por las salas sociales de los TSJ que aplican el artículo 3 de la CSE. El factor común a todas ellas viene dado por las acciones de conflicto colectivo planteadas generalmente por colectivos profesionales directamente afectados por su contacto con la COVID-19 (personal sanitario, policía, personal técnico de ambulancias, etc.), que han venido reclamando la dotación de las medidas de prevención de riesgos apropiadas frente a la pandemia (equipos de protección individual, desinfección de ropa de trabajo, vigilancia de la salud, etc.).

Así, por ejemplo, la Sentencia del TSJ (STSJ) de Cataluña 50/2020, de 19 de octubre, que concluye que:

[...] ante la imposibilidad por parte de la evaluación de riesgos de excluir la presencia del agente biológico SARS-CoV-2, correspondiente al grupo 3 de riesgos biológicos, en la ropa del trabajador susceptible de provocar contagio de la enfermedad derivada de dicho agente [...] [es obligación de la empresa] asumir el

lavado, descontaminación y, en caso necesario, destrucción de la ropa de trabajo de los técnicos de transporte sanitario en todos los centros de trabajo de la empresa [sean conductores o camilleros y tengan o no conocimiento de la contaminación de esa ropa por el virus SARS-CoV-2].

En dicha resolución se hace mención a la CSE, en los siguientes términos:

Normativa del Consejo de Europa.

El artículo 3 de la Carta Social Europea dispone que «Todos los trabajadores tienen derecho a la seguridad e higiene en el trabajo».

En cuanto al ámbito personal de aplicación de dicha norma, el Comité Europeo de Derechos Sociales lo ha interpretado en sentido amplio, de forma que «todos los trabajadores, todos los puestos de trabajo y todos los sectores de actividad deben estar cubiertos por las normas de seguridad y salud en el trabajo» (Conclusiones II (1971), Observación interpretativa del artículo 3§2 (p. e. del artículo 3§1 de la Carta de 1961).

En este caso, el término «trabajadores» abarca no solo a los empleados sino también a los trabajadores por cuenta propia, sobre todo porque estos últimos suelen estar empleados en sectores de alto riesgo (Conclusiones 2005, Estonia). El objetivo es que el entorno laboral sea seguro y saludable para garantizar la salud y la seguridad de todos los trabajadores, por medio de normas adaptadas en cada caso a la situación de los trabajadores (Conclusiones III (1973), Observación interpretativa del artículo 3§2 (p. e. del artículo 3§1 de la Carta de 1961); Conclusiones IV (1975), Observación interpretativa del artículo 3§2 (p. e. del artículo 3§1 de la Carta de 1961); Conclusiones XIII-4 (1996), Bélgica).

Por otro lado, el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en el sentido de que «El derecho de cada trabajador a un ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho ampliamente reconocido que fluye directamente del derecho a la integridad de la persona humana, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos» (Conclusiones I (1969), Observación interpretativa del artículo 3).

«El objetivo del artículo 3 está, de hecho, directamente relacionado con el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que garantiza el derecho a la vida» (Conclusiones XIV-2 (1998), Observación interpretativa del artículo 3).

«Se aplica en todas las ramas de la economía y los sectores público y privado, empleados y trabajadores independientes» (Conclusiones II (1971), Observación interpretativa del artículo 3).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido interpretado por el TEDH en el sentido de que la prevención de riesgos laborales se incardina en el ámbito del derecho a la vida (art. 2) (STEDH 5 diciembre 2013, caso Vilnes y otros c. Noruega, y STEDH 24 julio 2014, caso Brincat y otros c. Malta).

En el mismo sentido, pueden citarse otras resoluciones como la [STSJ de Cataluña 56/2020, de 12 de noviembre](#).

La [STSJ del País Vasco 672/2020, de 26 de mayo](#), relativa al personal técnico de transporte sanitario y de transporte sanitario-conductor, establece la obligación empresarial (Ambuibérica, SL) de poner a disposición del personal que haya estado en contacto directo o indirecto con pacientes de COVID-19 test suficientes para la evaluación de la misma, ya sea por test rápidos, o test prueba de PCR; sin embargo, es obligación de dicho personal operario (y no de la empresa) proceder a la limpieza y desinfección de los vehículos sanitarios y de su correspondiente dotación una vez finalizado el transporte, por ser esta una obligación establecida en el convenio colectivo sectorial de aplicación. Téngase en cuenta que el Tribunal Supremo en [Sentencia de 20 de mayo de 2021 \(rec. 130/2020\)](#) concluye en sentido contrario, es decir, que no hay obligación legal de proporcionar los test PCR.

La [STSJ del País Vasco 673/2020, de 26 de mayo](#), declara la vulneración del derecho a la protección de la salud por el incumplimiento por parte de la empresa (Ambuibérica, SL) de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, como consecuencia de la crisis sanitaria de la COVID-19, respecto de su personal de transporte sanitario, debido a la adopción parcial por la empresa de las medidas requeridas a la misma en el Auto judicial de fecha 15 de abril de 2020; el TSJ ratifica y requiere de nuevo (ahora mediante sentencia) a la empresa, para su cumplimiento obligatorio e inmediato de las siguientes medidas:

[...] facilite mascarillas FFP2 y FFP3 a cada trabajador, batas/buzos integrales impermeables (conforme al tallaje de cada operario), guantes y guantes de caña larga desechables, gafas de protección ocular de montura integral para cada trabajador, gel hidro-alcohólico, todo ello dentro de la diversa clasificación de los riesgos de exposición; disponga de un sistema de recogida de lavado, descontaminación y destrucción de ropa expuesta a agentes biológicos de COVID-19, siendo ello a cargo de la empresa; se asigne taquilla de doble cuerpo interior; vestuario de recambio; se faciliten bolsas G2 y contenedores específicos para el depósito de ropa contaminada con agentes biológicos y limpieza y desinfección de los centros; y se lleve a cabo la revisión y actualización de la evaluación de riesgos de los puestos de trabajo [...].

El tratamiento de las personas refugiadas en la Carta Social Europea

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I*

Extracto

La Carta Social Europea establece la protección de las personas refugiadas por remisión a la Convención de Ginebra y a otros acuerdos internacionales a los que se hayan obligado los Estados. Aunque la Carta condiciona su tutela al reconocimiento formal de tal condición, el Comité Europeo de Derechos Sociales realiza una interpretación ontológica, vinculando la protección con la dignidad de la persona.

Palabras clave: personas refugiadas; derechos sociales; Comité Europeo de Derechos Sociales.

Cómo citar: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). El tratamiento de las personas refugiadas en la Carta Social Europea. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 229-238.

The treatment of refugees in the European Social Charter

Margarita Miñarro Yanini

Abstract

The European Social Charter establishes the protection of refugees by reference to the Geneva Convention and other international agreements to which States have been bound. Although the Charter conditions its protection to the formal recognition of such condition, the European Committee of Social Rights carries out an ontological interpretation, linking protection with the dignity of the person.

Keywords: refugees; social rights; European Committee of Social Rights.

Citation: Miñarro Yanini, Margarita. (2021). The treatment of refugees in the European Social Charter. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 460, 229-238.

1. El contexto internacional y su incidencia

Como es lógico, el derecho de asilo cobra importancia cuanto mayor es la inestabilidad y conflictividad internacional, puesto que tales circunstancias incrementan de manera muy notable los flujos de personas, en general, y el número de solicitudes, en particular. En este contexto, además, el asilo se torna un derecho de reconocimiento volátil, puesto que son muchos los Estados con amplia tradición de acogida que en los últimos tiempos, llegados a cierto nivel de demanda, han cambiado sus políticas para hacerlas más restrictivas, sea en la fase de reconocimiento, en la de acogida o, muy frecuentemente, en ambas, determinando, en consecuencia, que se acepten menos solicitudes y que se reduzca la atención de las personas acogidas. Es lo que viene sucediendo en [Holanda](#) desde hace unos años, o más recientemente en [Dinamarca](#), donde, además de otras medidas restrictivas, se ha decidido externalizar el asilo emulando la técnica utilizada por la Unión Europea (UE). Consecuencia de ello es el desplazamiento de las solicitudes de asilo hacia otros Estados que quizás hasta la fecha no habían sido destinos prioritarios a tales efectos.

En España, país sin ninguna tradición de asilo, además de que pueda haberle afectado tal circunstancia, se han sumado algunas otras que han determinado que en los últimos años sea el Estado de la UE que recibe un mayor número de solicitudes de asilo, siendo en 2019 –último año del que se dispone de [cifras oficiales](#)– 118.446 las solicitudes de protección internacional presentadas. Ello no causa ninguna extrañeza, tanto por razones geográficas, puesto que la península ibérica es la puerta suroeste de Europa, como jurídicas, puesto que, reforzando las anteriores, el vigente [Reglamento \(UE\) 604/2013](#), conocido como Reglamento de Dublín, establece como criterio general que debe presentarse la solicitud de asilo en el primer Estado de entrada. A ello hay que añadir gran volumen de solicitudes (más del 81 % del total) que España recibe de personas procedentes de países latinoamericanos –encabezadas por Venezuela y Colombia–, motivado por la lógica razón de la identidad idiomática, así como por la política de exención de visados aplicada. En fin, sin duda, el asilo está en estos momentos de absoluta actualidad en nuestro país, puesto que estos días la prensa se hace eco de las cientos de solicitudes de asilo que están siendo presentadas en el puesto fronterizo de Ceuta por personas ciudadanas marroquíes que entraron en España durante el incidente fronterizo de los días 17 a 19 de mayo y cuya devolución no está admitiendo Marruecos. Todo ello ha determinado que España haya pasado de ser un Estado no tenido en cuenta por las personas solicitantes de asilo a convertirse en un destino prioritario, lo que ilustra y confirma lo oscilante que resulta este derecho en la práctica.

2. Marco jurídico

El marco jurídico del derecho de asilo se articula en torno a varias normas a través de las que se establece una tutela «multinivel», cuya consideración es imprescindible para valorar la

importancia de las previsiones sobre el tema establecidas en la Carta Social Europea (CSE) y entender ciertas derivas que se producen en la práctica.

El asilo es un derecho humano (art. 14 [Declaración Universal de Derechos Humanos](#)) y fundamental, en los ámbitos comunitario (art. 18 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#)) y nacional (art. 13 [Constitución española](#)), por lo que su desarrollo debe responder a dicha estructura. De este modo, en el primer nivel se encuentra la [Convención sobre el Estatuto del Refugiado, de 1951](#) (Convención de Ginebra), que establece como principio básico la «no devolución» y prevé algunas garantías de índole sociolaboral, como son el acceso al empleo, la aplicación de los sistemas de Seguridad Social –«seguros sociales»–, la vivienda, la educación o la asistencia social –que denomina «asistencia pública»–.

En el plano comunitario, las normas básicas en esta materia son las integrantes del Sistema Común de Asilo (SECA), previsto en el artículo 78.2 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), que incluye las directivas de requisitos ([Directiva 2011/95/UE](#)), de procedimiento ([Directiva 2013/32/UE](#)) y de acogida ([Directiva 2013/33/UE](#)), así como los reglamentos de determinación del Estado responsable ([Reglamento de Dublín 604/2013](#)) y de datos de impresiones dactilares con fines de asilo ([Eurodac, Reglamento 603/2013](#)). El sistema comunitario de asilo establece lo que podrían considerarse dos extensiones de la protección del asilo. La primera, lógica si se tiene en cuenta que la decisión no es inmediata, se dispensa a las personas solicitantes de asilo, que quedan protegidas desde el momento en que formulan su solicitud. La segunda, la protección subsidiaria, es un estatus jurídico que se reconoce a las personas solicitantes que no cumplen todos los requisitos para el reconocimiento del asilo, pero respecto de las que existen motivos fundados para creer que si regresasen a sus países de origen se enfrentarían al riesgo real de sufrir daños graves relativos a condena a pena de muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes, o amenazas graves e individuales contra la vida o integridad física, motivadas por violencia indiscriminada en situaciones de conflictos armados (art. 2 f) en relación con art. 15 [Directiva 2011/95](#)). Por lo demás, las directivas de acogida y de requisitos establecen, en relación con las personas solicitantes y refugiadas, los derechos sociolaborales vinculados a tales condiciones, incluyendo los relativos al empleo –tras una demora de máximo 9 meses para solicitantes–, formación profesional, educación, asistencia sanitaria, alojamiento y protección social.

Las normas integrantes del SECA entraron en proceso de revisión casi desde el momento de su adopción, primero, a través de un bloque de propuestas presentadas en 2016, después, mediante el [nuevo Pacto europeo sobre Migración y Asilo, de 23 de septiembre de 2020](#), que establece nuevas directrices que inciden y alteran aspectos tratados en estas o incluso los propios instrumentos de regulación. Tan prolongado proceso de revisión, aún no consumado, muestra las enormes dificultades que existen para llegar a acuerdos en esta materia. Muy ilustrativa de ello resulta la regla básica que se propone en el nuevo Pacto sobre Migración y Asilo del «asilo a la carta», que consiste en que cada Estado elija si reubica a personas titulares de protección internacional desde los países de entrada o patrocina su retorno a sus Estados de origen, aceptando, además, «otras formas de solidaridad, como

el desarrollo de capacidades, el apoyo operativo, los conocimientos técnicos y operativos, así como con el apoyo a los aspectos externos de la migración».

En suma, en relación con el asilo, el pacto establece un sistema en el que la libertad de decisión y la flexibilidad para los Estados son la norma, lo que supone debilitar sus obligaciones efectivas. No obstante, parece que este es el único sistema que ha encontrado la UE para alcanzar acuerdos, dadas las enormes resistencias de los miembros a asumir mayores compromisos en esta materia.

Por último, en el plano nacional, la [Ley 12/2009, de 30 de octubre](#), reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (Ley de asilo), establece una regulación absolutamente apegada a la prevista en el ámbito comunitario y que, además, actualmente tiene un corto horizonte, puesto que existen planes de reformarla, que únicamente se están demorando por la espera de la aprobación de la nueva regulación comunitaria de la protección internacional. Por lo que respecta al contenido vinculado con la dimensión sociolaboral del asilo, además del establecimiento de la autorización para trabajar de solicitantes de asilo desde el sexto mes de presentar la solicitud, previsto en la [disposición adicional vigésima primera del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#), que aprueba el Reglamento de la Ley orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, la norma solo enuncia, pero no desarrolla, algunos derechos ligados al reconocimiento del derecho de asilo, como el derecho al trabajo, a los servicios públicos de empleo, a la formación continua u ocupacional, así como a la educación, la asistencia sanitaria, la vivienda, la asistencia social y servicios sociales, la atención a víctimas de violencia de género, o los programas de integración ([art. 36](#)). Por lo que respecta a las condiciones de acogida de las personas solicitantes, remite a un futuro desarrollo reglamentario que no se ha producido ni parece que vaya a producirse a tenor del señalado propósito de reforma, por lo que han debido ir resolviéndose a través de múltiples disposiciones de un rango jerárquico muy bajo o incluso de prácticas, lo que produce dispersión e inseguridad.

Con todo, muy recientemente ha aparecido una novedad normativa, además de alto rango, que supone una excepción a esta consideración general de inmovilismo y baja jerarquía normativa, si bien su impacto sustantivo es pobre y su alcance es limitado para un colectivo concreto especialmente vulnerable, como es el constituido por los niños, niñas y adolescentes. En este sentido, la Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, ha incorporado la [disposición adicional octava](#), rubricada «Acceso al territorio a los niños y niñas solicitantes de asilo», en la que dispone que:

Las autoridades competentes garantizarán a los niños y niñas en necesidad de protección internacional el acceso al territorio y a un procedimiento de asilo con independencia de su nacionalidad y de su forma de entrada en España, en los términos establecidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria.

Como se apuntaba con anterioridad, la utilidad práctica de esta disposición adicional, que se refiere de manera genérica a los y las menores, no es de relieve, puesto que se limita a remitir a la Ley de asilo, cuyo [título V](#) se refiere a la solicitud de asilo por menores. Así, si los y las menores están acompañados por sus padres y/o madres, se incluyen en el procedimiento de manera conjunta y tienen garantizado el posterior mantenimiento de la unidad familiar ([art. 39 Ley 12/2009](#)). En caso de que no lo estén, ya se contempla tal circunstancia a efectos de establecer algunas adaptaciones procedimentales ([art. 48](#)). En cualquier caso, al margen de estas referencias específicas al asilo, se estima procedente recordar la obligación de proteger a las personas menores de edad extranjeras no acompañadas en virtud de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#) de Naciones Unidas, cuyo artículo 2 obliga a los Estados a respetar y aplicar los derechos básicos que establece en relación con:

[...] cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Por lo demás, en España, al igual que en otros países de su entorno, se cuenta con la autorización de residencia por razones humanitarias, que está prevista en el [artículo 126 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril](#). Este precepto, en su apartado 3, dispone que podrán acceder a este permiso:

[...] los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

Este cauce, pese a enmarcarse en la vía de la inmigración, se está utilizando en la práctica como extensión de la protección internacional, a fin de cubrir lagunas de protección del asilo y la protección subsidiaria. De este modo, en el año 2019, les fue reconocida protección humanitaria a [35.126 personas procedentes de Venezuela](#), en casos en los que no se daban las condiciones de acceso a la protección internacional ([Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 352/2021, de 11 de marzo](#)).

3. El tratamiento de las personas refugiadas en la CSE

Como es sabido, la CSE dispensa una protección especial a los colectivos más vulnerables, como es el constituido por niños, niñas y adolescentes, personas discapacitadas y de edad avanzada, trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente, o personas migrantes. Es por ello lógico que también incluya a las personas refugiadas, si

bien tal introducción se ha llevado a cabo con dos particularidades que se consideran reseñables. Por una parte, no se previeron en el texto originario, sino que fueron incluidas en el anexo a la [Carta revisada](#), procediendo la redacción actual de 1996. Por otra, su integración se presenta como una extensión al «ámbito de aplicación de la Carta Social (revisada) en lo que se refiere a las personas protegidas».

Dispone el apartado 2 de dicho anexo a la Carta revisada que:

Cada parte contratante concederá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los refugiados, y que residan regularmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados.

De este modo, por lo que respecta a la técnica jurídica, se aprecia que no regula por sí misma esta materia, sino que establece la protección de este colectivo por remisión a la [Convención de Ginebra](#) y a otros acuerdos a los que cada parte se haya obligado. Aunque ello supone el aval de la Carta respecto de estas regulaciones, reforzando los requerimientos de tales instrumentos ([Salcedo Beltrán, 2020, p. 161](#)), lo cierto es que estos son aplicables a los Estados parte con independencia de la referencia efectuada por la Carta, pues lo eran antes de que esta la incorporara y lo serían aunque no la hubiera incluido. En consecuencia, ello lleva a considerar, además de que la voluntad evolutiva y de innovación normativa respecto de esta materia es bien escasa, que su impacto tuitivo es *per se* modesto.

Con todo, si se trasciende de la «letra fija» del anexo para atender a su interpretación, que es la que determina el verdadero sentido y la virtualidad efectiva de una disposición, dicha valoración mejora. En este sentido, la referencia a la regulación de la [Convención de Ginebra](#) y de otros acuerdos internacionales ha abierto la posibilidad de que el intérprete supremo de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), se pronuncie sobre el alcance de la tutela. Así, a través de esta labor interpretativa, el CEDS viene formulando una tutela evolutiva y extensiva de las personas refugiadas, que es de especial importancia por atender a la dimensión social del asilo, que es con gran frecuencia ignorada o desatendida por los Estados. En cualquier caso, la concurrencia interpretativa a la que aboca la técnica de la remisión a otros instrumentos jurídicos, que disponen de otros órganos interpretativos y aplicativos, plantea el riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias entre el CEDS y estos, como sucedió respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en relación con la conciliación de las libertades económicas y los derechos sociales –Sentencias del TJUE de [11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, Viking](#), y de [18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, Laval](#)–.

La limitada extensión que ha de ser observada en este breve análisis impide realizar un balance completo de las múltiples cuestiones relativas a esta materia sobre las que el CEDS

se ha pronunciado. Es por ello por lo que se han seleccionado dos de ellas que se consideran claves dado que muestran la apuntada interpretación evolutiva que ha desarrollado, desde la letra de la Carta al más ambicioso objetivo de buscar el estándar protector más favorable y, más en general, la posición del CEDS sobre el contenido de los derechos sociales de las personas refugiadas. Ambas cuestiones están interrelacionadas, y en ellas incide el CEDS en las Observaciones interpretativas sobre los derechos de las personas refugiadas, de 5 de octubre de 2015.

El primero de los aspectos que se considera relevante a efectos de mostrar la clave interpretativa del CEDS parte de la exigencia de la Carta de que las personas que se beneficien del trato propugnado «residan legalmente» en el Estado, lo que supone que exige que se encuentren en situación administrativa regular. Es de destacar que, reafirmando esta exigencia, el apartado 1 de este anexo incluyó una referencia específica que condiciona el disfrute del grueso de los derechos que prevé la Carta por parte de las personas extranjeras también a su residencia legal. Tal exigencia evidencia que se ha primado la dimensión de control de flujos y seguridad jurídica sobre argumentos ontológicos vinculados a la esencia de los derechos humanos.

La exigencia de residencia legal supone circunscribir el alcance aplicativo de la tutela a las personas refugiadas que tengan reconocido dicho estatus, y no a otras que no lo ostentan pese a que puedan encontrarse en situaciones análogas. Este condicionante formal, tachado por la más alta doctrina de «anomalía» (Jimena Quesada, 2015, p. 264), se suaviza a través de dos vías, una normativa y otra interpretativa.

Por lo que respecta a la primera, el efecto de tal exigencia puede diluirse por la previsión de salvaguarda de tratos más favorables establecidos por las partes que prevé el último párrafo del apartado 1.

Por lo que respecta a la segunda, de importancia capital en este análisis, sus efectos han sido parcialmente neutralizados por el CEDS, que mantiene una posición no formalista que expresa en la citada Observación de 2015, en la que indica como «declaración de principios» que la protección de la Carta «no depende del reconocimiento administrativo de la condición de refugiado por parte de un Estado, que se realiza mediante la concesión de asilo». A fin de operar tal extensión, se apoya precisamente en la regulación de esta materia por remisión que realiza el anexo, y, así, fija la atención en el referente normativo que está llamada a completar, constituido por el [Convenio Europeo de Derechos Humanos](#), que en su artículo 1 reconoce la titularidad de los derechos humanos a todas las personas; por tanto, supone el reconocimiento universal de ciertos derechos (en este sentido, entre otras, decisión sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, Federación Internacional de Derechos Humanos vs. Francia, denuncia núm. 14/2003). Descendiendo a un nivel más preciso, el CEDS considera que el bien jurídico básico de la dignidad humana y el consecuente derecho a su protección, que se reconoce a todo ser humano por el solo hecho de serlo, constituye una garantía de los derechos necesarios para hacerla efectiva, al margen de cualquier condición en que se halle la persona. De este modo, dado el contenido transversal y múltiple de la tutela de la dignidad, su reconocimiento

traerá consigo el de todos aquellos derechos necesarios para que la persona pudiera llevar una vida digna. En este sentido, en la Observación interpretativa de 2015, el CEDS señala que «ciertos derechos sociales directamente relacionados con el derecho a la vida y la dignidad humana forman parte de un "núcleo inderogable" de derechos que protegen la dignidad de todas las personas». Por lo tanto, esos derechos deben garantizarse a las personas refugiadas, pero también a todas aquellas que se encuentren desplazadas.

El segundo de los aspectos que quiere destacarse es la centralidad que otorga el CEDS a la integración sociolaboral de las personas refugiadas en los Estados de acogida, así como la conexión que establece entre esta y el derecho a llevar una vida digna. En este sentido, en coherencia con el contenido complejo que presenta la integración sociolaboral, que supone que debe hacerse efectiva a través de otros derechos, mantiene una visión amplia de esta, inclusiva de cualquier derecho o competencia necesarios para materializarla. Así, engloba algunos que responden a necesidades específicas de las personas refugiadas, como son «la realización de cursos para aprender el idioma del Estado de acogida; el reconocimiento de sus calificaciones; el derecho al reagrupamiento familiar; y el derecho a tener un empleo remunerado y contribuir así a la economía»; otros más generales, como la educación; y otros que constituyen la atención más básica e imprescindible en la primera acogida, como son el alojamiento en condiciones de salubridad, la atención sanitaria y la asistencia social, entre otros, según se señala en las Observaciones interpretativas de 2015. De este modo, explicita la vinculación de los derechos sociales con la integración sociolaboral de las personas refugiadas, al ser esta el objetivo al que se orientan todos aquellos. Asimismo, conecta la integración sociolaboral con el derecho universal de protección de la dignidad, por lo que la integración quedaría incorporada en el derecho de toda persona de llevar una vida digna.

Por lo demás, esta visión amplia e interconectada del contenido de los derechos es coherente con la idea de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos mantenida por el CEDS.

4. Breves conclusiones y valoración

A modo de breve conclusión, debe incidirse en que la técnica normativa utilizada por la CSE para la inclusión en su ámbito de las personas refugiadas no se considera la más conveniente, entre otras cosas, por los problemas de conflictos interpretativos entre órganos que puede provocar. Tampoco por lo que respecta a su contenido concreto parece ser demasiado ambiciosa, si bien la labor interpretativa realizada por el CEDS ha superado toda limitación en este aspecto.

En este sentido, aunque la Carta mantiene un concepto formalista de persona refugiada, el CEDS apuesta por una noción sustancialista, desvinculada del reconocimiento administrativo de tal condición. De este modo, para el CEDS, al margen de estatus jurídicos, se trata de personas con dignidad merecedoras de ciertos derechos para hacerla efectiva,

que «deben estar abiertos a todos los ciudadanos y extranjeros, cualquiera que sea la posición de estos últimos según las normas nacionales sobre la condición de los extranjeros».

Se considera que esta noción ontológica, aunque con el loable objetivo de lograr una tutela elevada para todas las personas, si bien puede corregir disfunciones del sistema, presenta varios problemas jurídicos de cierta entidad. Por una parte, de seguridad jurídica, puesto que la ausencia de reconocimiento administrativo, o la indiferencia sobre si este existe o no, priva de claridad a las situaciones que deberían estar especialmente protegidas e impide que se identifiquen. Por otra, a través de ella se llega a la consideración de las «personas extranjeras» como categoría única, lo que diluye las fronteras entre las diferentes instituciones jurídicas construidas en torno a las mismas. Así, si bien es cierto que en la práctica en ocasiones se plantean situaciones «grises» entre el asilo y la inmigración, estas no pueden provocar el efecto de suprimir sus márgenes. De este modo, cada una de estas instituciones tiene un fundamento jurídico propio que en la gran mayoría de casos permanece, por lo que, pese a sus disfuncionalidades –que, sin duda, han de ser corregidas–, se trata de figuras jurídicamente útiles.

Asimismo, como se ha expuesto, la adopción de este concepto informal determina que la protección se vincule a la dignidad reconocida a toda persona. No obstante, precisamente la dignidad es el referente normativo en relación con el que se establece el alcance de la protección sociolaboral de las personas solicitantes y refugiadas ([art. 30 Ley de asilo](#)). En consecuencia, la posición mantenida por el CEDS lleva a la absorción de los derechos ligados al asilo por la vía de la tutela autónoma de la dignidad, haciendo desaparecer la razón de ser de aquellos, y, con ello, la justificación de la existencia del estatus jurídico propio de persona refugiada. No obstante, es evidente que el derecho de asilo tiene el cometido de proteger personas en situaciones específicas que suponen un plus de vulnerabilidad, que requieren ser atendidas a través de una protección particular, y que no son generalizables ni extrapolables a otras realidades diversas.

Es cierto que la protección a las personas refugiadas presenta disfuncionalidades, por cuestiones sustantivas y también, en muchas ocasiones, por problemas derivados del diseño de los procedimientos de asilo o por su puesta en práctica (lo que sucede en España, donde la gran demora en la cita para la solicitud ha dado lugar a la [queja 18017847 ante el Defensor del Pueblo, resuelta el 3 de agosto de 2020](#)). No obstante, tales problemas no pueden desempeñar otro papel que el de impulsar la búsqueda de soluciones, pero se considera que en ningún caso pueden ser razón para relegar o expeler el derecho de asilo.

Por lo demás, huelga decir que esta posición extraformalista y laxa acerca de la tutela de las personas refugiadas y, más allá, extranjeras, mantenida por el CEDS contrasta con la mostrada en el [nuevo Pacto sobre Migración y Asilo UE](#), en el que queda manifiesta la posición reticente y restrictiva de los Estados de la UE sobre los flujos de personas, en general, y el asilo, en particular. Evidentemente, tal pacto no puede ser considerado modelo idóneo en ningún aspecto, pero se estima que es positivo tomar el pulso a los referentes coetáneos para conocer el contexto –al menos parcial– en el que las instituciones jurídicas y los pronunciamientos sobre ellas han de ser aplicados.

Normas de publicación

La *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF (RTSS.CEF)* editada por el Centro de Estudios Financieros, SL, con ISSN 1138-9532 (en versión impresa) e ISSN-e 2531-212X (en versión electrónica), es una publicación dirigida a las personas interesadas en materias conectadas con el área social del Derecho que pretende ser un medio al servicio de la investigación y opinión, ofreciendo aportaciones a temas controvertidos y de interés.

La revista tiene una periodicidad mensual e incluye tanto estudios de naturaleza académica como artículos que analizan las disposiciones normativas y resoluciones judiciales de actualidad más relevantes de las materias relacionadas con el objeto de la publicación: Trabajo, Seguridad Social y Recursos Humanos. Asimismo, destina un espacio al análisis de cuestiones de controvertida aplicación práctica.

Los contenidos de la revista en versión impresa están también disponibles en versión digital en la página web www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm, vehículo de divulgación y, a su vez, instrumento que permite la difusión de aquellos estudios que por las limitaciones propias del soporte papel verían dificultada su publicación.

Normas para el envío y presentación de originales

1. Los trabajos (redactados en español) deberán ser originales e inéditos y se remitirán por correo electrónico a la dirección revistacef@cef.es, identificándose el archivo con los apellidos del autor o la autora del trabajo seguidos de un guion y de la abreviatura de la sección de la revista a la que se destina: ED (estudios doctrinales), ARRL (análisis de actualidad de las relaciones laborales), DJ (diálogos con la jurisprudencia), FD (foro de debate), RRHH (estudios doctrinales específicos del área de Recursos Humanos) o CP (caso práctico).

Los trabajos destinados a la sección «Estudios» (incluidos los que con esta consideración se dirijan a la sección «Recursos Humanos») se presentarán anonimizados, indicándose en un archivo independiente los datos de autoría y, en su caso, de la financiación de la investigación.

2. Los trabajos han de estar encabezados por:
 - Título en español e inglés.
 - Extracto de no más de 20 líneas en español e inglés.
 - Lista de palabras clave/descriptores (no menos de 2 ni más de 5) en español e inglés.
 - Sumario (debe comenzar en página nueva), que utilizará la numeración arábica, desarrollándose los subepígrafos secuenciados (dos dígitos: 1.1, 1.2...; tres dígitos: 1.1.1, 1.1.2...). De este requisito se exceptúan los trabajos dirigidos a la sección «Diálogos con la jurisprudencia».
3. La extensión de los artículos (incluidos título, extracto, palabras clave y sumario), en formato Microsoft Word (Times New Roman, cuerpo 11 e interlineado 1,5 para el texto y cuerpo 10 e interlineado sencillo para las notas a pie de página), será la siguiente:
 - Estudios doctrinales: mínimo 20 y máximo 35 páginas.
 - Análisis de actualidad de las relaciones laborales: máximo 25 páginas.
 - Diálogos con la jurisprudencia: mínimo 3 y máximo 7 páginas.
 - Foro de debate: máximo 10 páginas.
 - Casos prácticos: máximo 25 páginas.

4. Las notas se numerarán consecutivamente y su texto se recogerá a pie de página y no al final. Se evitarán las que sean simples referencias bibliográficas, en cuyo caso deberán ir integradas en el texto señalando entre paréntesis solo los apellidos del autor o la autora, el año de publicación y, si procede, las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.). La mención completa se incluirá al final en las «Referencias bibliográficas».
5. Las citas de referencias legislativas o jurisprudenciales contendrán todos los datos necesarios para su adecuada localización y serán neutras. Se recomienda el empleo de la base de datos Normacef (www.normacef.es).

Las citas textuales deberán incluirse entre comillas latinas («») y al final de las mismas, entre paréntesis, solo los apellidos del autor o autora, el año de publicación y las páginas (precedidas de la abreviatura p./pp.) de las que se ha extraído dicho texto.

No se utilizará letra cursiva para las citaciones.

Las citas bibliográficas a lo largo del texto se harán citando la autoría solo por los apellidos, año de publicación y, si procede, las páginas (todo entre paréntesis y separado por comas). *Vid.* ejemplos de citas basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

6. Las referencias bibliográficas se limitarán a las que expresamente sustentan la investigación y son citadas en el trabajo.

No ocuparán más de 3 páginas.

Se situarán al final del artículo y se ajustarán a las normas APA (7.^a ed.). *Vid.* ejemplos de lista de referencias basados en el *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association (APA)* en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

7. Los criterios de edición a seguir por los autores y las autoras se contienen detallados en <http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm>.

Proceso editorial

- Recepción de artículos. Se acusará su recibo por la editorial, lo que no implicará su aceptación.
- Remisión de originales al Consejo de Redacción. La editorial remitirá el trabajo al Consejo de Redacción de la revista, que lo analizará y decidirá su aceptación, su admisión condicionada a la introducción de cambios o su rechazo. En cualquiera de los casos, la decisión adoptada será comunicada.
- Sistema de revisión por pares. El estudio enviado a evaluación será analizado por dos personas evaluadoras externas, de forma confidencial y anónima (doble ciego), que emitirán un informe sobre la conveniencia o no de su publicación, que será tomado en consideración por el Consejo de Redacción. El trabajo revisado que se considere que puede ser publicado condicionado a la inclusión de modificaciones deberá ser corregido y devuelto por el autor o autora a la revista en el plazo máximo de 1 mes, tanto si se solicitan correcciones menores como mayores.
- Proceso editorial. En los trabajos de investigación, una vez finalizado el proceso de evaluación, se enviará al autor, a la autora o a la persona designada como responsable principal en caso de trabajos colectivos la notificación de aceptación o rechazo para su publicación. Asimismo, serán remitidas, si así se requiere editorialmente, las pruebas de imprenta de su trabajo para su examen y eventual corrección. Terminado el proceso y disponible el artículo, se le hará llegar por correo electrónico.



Oposiciones

Desde 1977 gran parte de los funcionarios que en la actualidad ocupan los cargos de mayor responsabilidad en España han pasado por nuestras aulas, tanto presenciales como virtuales. Todos ellos han cumplido su objetivo de **aprobar la oposición con el #MétodoCEF.-** ¡Tú también puedes ser uno de ellos!

Sobre el #MétodoCEF.-

1. Presencial, telepresencial y online

Elige entre preparar tu oposición en nuestros centros, seguir las clases en streaming y en directo o la preparación online

2. Temarios

De elaboración propia y actualizados

3. Equipo preparador

Todos nuestros preparadores han sido opositores

4. Adaptado

Metodología adaptada a cada tipo de ejercicio

Preparamos oposiciones a

Administración General
Administración Local
Banco de España
Comunidades Autónomas
Cuerpos de Informática

Empleo y Seguridad Social
Ministerio de Hacienda
Ministerio de Justicia
Ministerio del Interior
Unión Europea



INICIO
Preparación
en septiembre
de 2021



CEF.-

+30 MÁSTERES

+200 CURSOS

ÁREAS

Asesoría de Empresas • Contabilidad y Finanzas • Dirección y Administración de Empresas • Jurídica • Laboral • Marketing y Ventas • Prevención, Calidad y Medioambiente • Recursos Humanos • Sanidad • Tributación

Consulta nuestra oferta formativa completa en **www.cef.es**

DESCUENTO ESPECIAL AHORA

PRESENCIAL | TELEPRESENCIAL | ONLINE