

RUMBO A LA CARTA SOCIAL EUROPEA: NAVEGANDO EN AGUAS PROCELOSAS HACIA EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SUS GARANTÍAS

SETTING SAIL FOR THE EUROPEAN SOCIAL CHARTER AND THE COLLECTIVE CLAIMS PROCEDURE: NAVIGATING TOWARDS THE RECOGNITION OF SOCIAL RIGHTS AND THEIR GUARANTEES*

M.^a Carmen Salcedo Beltrán**
Universitat de València

SUMARIO: 1. Notas preliminares: hoja de ruta en dirección a la *Constitución Social de Europa*. –2. Aproximación general a la Carta Social Europea Revisada. –3. El procedimiento de reclamaciones colectivas; 3.1. Principales características; 3.2. Las reclamaciones colectivas n.º 206/2022 y n.º 207/2022 contra España. –4. Reflexiones finales.

RESUMEN

Europa avanza hacia la Carta Social Europea. Las muestras son cada vez más numerosas. Se evidencian, por un lado, en el seno del Consejo de Europa. La más reciente es la aprobación por el Comité de Ministros, en la sesión que ha tenido lugar el 19 y 20 de mayo de 2022, de un Informe consolidado que recoge firmes medidas destinadas a mejorar la efectividad de los mecanismos de control de este tratado. Por otro lado, a nivel nacional de los Estados miembros. España ha sido paradigma en este sentido. Por fin, tras más de dos décadas, se ratificó en el año 2021 la Constitución Social de Europa y, en el mismo instrumento, se aceptó el procedimiento de reclamaciones colectivas. Este acontecimiento venía precedido de un progreso en la implementación, iniciado en el año 2013, localizado en la primera y segunda instancia judicial. Este no ha sido sencillo, y sigue sin serlo. La relevancia ganada continúa sin venir acompañada de una mayor consideración hacia el Tratado así como de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Los cuestionamientos, oposiciones y recelos son constantes. El estudio

* Recibido el 1 de junio de 2022. Aprobado el 13 de junio de 2022.

** Consultora experta internacional del Consejo de Europa (Servicio de la Carta Social Europea). Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València. Directora Grupo de Investigación "Derechos humanos y Carta Social Europea" (GV 2013-148). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6529-2396>. ResearcherID: Z-5983-2019.

Principales abreviaturas utilizadas: CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CSE/CSEr (Carta Social Europea/Carta Social Europea revisada), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), ET (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), OIT (Organización Internacional de Trabajo), PRC (Protocolo de Reclamaciones Colectivas), RCEDS (Reglamento del Comité Europeo de Derechos Sociales), rec. (recurso), SJS (Sentencia del Juzgado de lo social), STJUE (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea), STS (Sentencia del Tribunal Supremo), STSJ (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia).

pretende ilustrar sobre todos esos aspectos, y en él, obviamente se examinarán las dos primeras reclamaciones colectivas presentadas contra nuestro país. El objetivo que se pretende es el de seguir navegando en estas procelosas aguas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías.

ABSTRACT

Europe is moving towards the European Social Charter. There are increasing signs of this. They are evident, on the one hand, within the Council of Europe. The most recent is the adoption by the Committee of Ministers, at its meeting on 19 and 20 May 2022, of a consolidated report containing decisive measures aimed at improving the effectiveness of the monitoring mechanisms of this treaty. On the other hand, at the national level of the Member States. Spain has been a paradigm in this regard. Finally, after more than two decades, the Social Constitution of Europe was ratified in 2021 and, in the same instrument, the collective complaints procedure was accepted. This development was preceded by progress in implementation, which began in 2013, at the first and second judicial instance. This has not been straightforward, and still is not. The gained relevance is still not accompanied by greater consideration of the Treaty and the case law of the European Committee of Social Rights. There is constant questioning, opposition and misgivings. This study aims to illustrate all these aspects. It includes, of course, the examination of the first two collective complaints lodged against our country. The aim is to continue navigating these stormy waters towards the recognition of social rights and their guarantees.

Palabras clave: Carta Social Europea; procedimiento de reclamaciones colectivas; Comité Europeo de Derechos Sociales; derechos sociales; Constitución Social de Europa.

Key words: European Social Charter; collective complaints procedure; European Committee of Social Rights; social rights; Social Constitution of Europe.

1. NOTAS PRELIMINARES: HOJA DE RUTA EN DIRECCIÓN A LA CONSTITUCIÓN SOCIAL DE EUROPA

De entrada, considero que es manifiesto el rumbo que se ha puesto hacia la Carta Social Europea. Cada vez son más las muestras en las que se puede constatar, tanto en el seno de la propia organización en la que se localiza el Pacto por excelencia de los derechos sociales, como en los Estados miembros.

Entre las primeras, siguiendo un orden cronológico de las más recientes, se ha de comenzar con el firme respaldo de la Secretaria General del Consejo de Europa presentando públicamente unas propuestas el 22 de abril de 2021 intituladas *Mejorar la implementación de los derechos sociales: fortalecer el sistema de la Carta Social Europea*¹. En ellas, consciente de que algunas de las mejoras acordadas en los últimos años no han alcanzado los objetivos que se pretendían, entiende que es esencial adoptar medidas para que sea la herramienta más apropiada “(...) que ayude a los Estados miembros a diseñar políticas de derechos sociales aptas para afrontar los desafíos actuales, en línea con el Marco Estratégico de la organización”. Organiza en tres ejes sus sugerencias:

1.^a El apoyo político necesario para impulsar la contribución del Consejo de Europa en la aplicación de los derechos sociales. La CSE contribuye a los retos comunes sustanciales de la entidad: la estabilidad democrática del continente, la preservación de los valores fundamentales de la dignidad humana, la promoción del progreso económico y social y la conquista del bien-

¹ SG/Inf (2021)13. Accesible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a238c3.

estar así como de un nivel de vida adecuado para todos los ciudadanos. Estos, además de ser compatibles con las particularidades de cada país, enriquecen la diversidad regional. Por consiguiente, los Estados deberían ratificarla completamente así como el procedimiento de reclamaciones colectivas ya que suministra respuestas dinámicas a todas las realidades y a los desafíos que surgen de su evolución.

2.^a Perfeccionar la eficacia y el impacto de los procedimientos de control de la CSE. El panorama actual evidencia, por parte de todos los actores implicados, que el sistema de informes es complejo, estructurado alrededor de los informes, la clasificación en grupos de los preceptos, los ciclos, los períodos de referencia acotados, las conclusiones y su seguimiento. Esto conlleva una carga administrativa excesiva que no logra la meta que se desea, que no es otra que la de prestar cooperación a los Estados para eliminar o corregir las deficiencias de sus políticas nacionales en materia de derechos sociales. Paralelamente, el procedimiento de reclamaciones colectivas se presenta como la vía que simplifica esas dificultades, pero su condición facultativa obstaculiza que se alcance en el mecanismo que simplifique los problemas anteriores. Por consiguiente, se han de acometer reformas en ambos que se dirijan, por un lado, a simplificar el primero. Para ello, se somete a valoración que los informes pasen a ser, con carácter general, en cuanto a los Estados que no han suscrito el procedimiento de reclamaciones colectivas, simplificados, cada cuatro años y sobre todas las disposiciones de la CSE. Se completarían con informes *ad hoc*, destinados a complementar los anteriores. Para los que sí han aceptado el otro mecanismo de monitorización, los informes también debe ser sólo sobre cuestiones específicas.

Por otro lado, mejorar el carácter contradictorio de la instrucción del segundo y garantizar una aplicación estricta de las condiciones de admisibilidad. Se invita al CEDS a reflexionar en torno a la inclusión de audiciones o cualquier otra forma de diálogo entre las partes o a requerirles mayor precisión de los puntos conflictivos de forma o de fondo con la finalidad de que las observaciones se concentren en ellos.

En lo que atañe al Comité de Ministros, debería considerar la adopción de más recomendaciones, en lugar de resoluciones, así como implicarse más, incluso con un trámite nuevo, en el seguimiento de las decisiones sobre el fondo.

3.^a Realizar desarrollos prospectivos de fondo y de procedimiento que requieren de un examen detallado por los Estados miembros del Consejo de Europa y por las Partes que han ratificado el tratado. Entre otros, se somete a estudio la introducción de un procedimiento de consulta, similar al del Protocolo n.º 16 de la Convención Europea de Derechos Humanos; la adición de nuevos derechos en la CSE, entre otros, el derecho a un nivel de vida adecuado –incluyendo el acceso a alimentos y a agua potable (un derecho a un mínimo de dignidad)–, un derecho a un medio ambiente sano, derechos específicos para dar respuesta a las situaciones de trabajadores que desarrollan su actividad en formas que no son las tradicionales (trabajadores de plataformas o de la gig economy) o de garantías para que los avances de la digitalización o la inteligencia artificial preserven las obligaciones adquiridas.

A continuación, el siguiente paso se ubica en la Declaración del Comité de Ministros de 13 de octubre de 2021². Caracteriza la CSE como “un instrumento de derecho internacional único y valioso” o “el tratado internacional de derechos humanos más actualizado en el ámbito de los derechos sociales que permite a los Estados asumir compromisos en diversos niveles y avanzar a diferentes ritmos según su diversidad política, social y económica”. Con base en estas consideraciones, reafirma su papel eminente para promover derechos sociales en Europa y enfatiza su determinación de garantizar que el sistema de la CSE se respalde políticamente y se le dote de las herramientas y medios necesarios para asegurar su eficacia. Destaca que su relevancia es aún mayor para afrontar desafíos como la globalización, los cambios demográficos, las nuevas tecnologías y las consecuencias de la pandemia.

² Decl (13/10/2021). Accesible en: <https://rm.coe.int/fdecl-2021-13102021-2754-2234-9828-v-1-002-/1680a4281b>

Las dos referencias anteriores, recogidas en un trascendental *Informe*³, acaban de ser aprobadas por el Comité de Ministros en la reunión de 20 de mayo de 2022. Por tanto, se inicia el proceso gradual hacia su realidad que operará principalmente en los siguientes ámbitos:

A) En cuanto al sistema de informes, se distingue entre los Estados que no han ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas de los que sí lo han hecho.

a) Con relación a los primeros, la presentación debería evolucionar, de una aproximación global o exhaustiva -consistente en la obtención sobre cada disposición aceptada y de responder a un progresivo número de preguntas-, a una más selectiva y determinada a través de lo que se denominaría informes estatutarios. Se debería singularizar en lo siguiente: un examen de máximo de doce disposiciones, sobre las que las cuestiones se concentrarán; un análisis que atienda al presente y al futuro y no a períodos de referencia pasados; una periodicidad bianual, estructurando los veinticuatro artículos (CSE y Protocolo de 1988) en dos partes; la eliminación de la posibilidad que tiene el CEDS de incluir cuestiones adicionales para el siguiente informe, en coherencia con los cambios adoptados, permitiéndole excepcionalmente solicitar información adicional en caso de su ausencia o necesidad de aclarar algunos puntos. Estos se completarían con informes ad hoc para supervisar circunstancias específicas, nuevas o conflictivas que permitan considerar las respuestas de los Estados adoptadas o que pretenden materializar. En la medida en que el contexto, en ocasiones, demanda el transcurso de un cierto tiempo para su apreciación, los últimos no deben tener un resultado de conclusiones sino originar un diálogo entre el CEDS y los Estados parte sobre cómo afrontar esos desafíos.

b) En cuanto a los segundos, su informe sería simplificado y cada cuatro años.

B) Respecto del seguimiento, las recomendaciones del Comité de Ministros deberían ser la regla general para avanzar en el impacto de las conclusiones. Ahora bien, deberían operar sobre un diálogo constructivo animando a la aprobación de cambios por los Estados que tendrían repercusión positiva y no un juicio.

C) Sobre el procedimiento de reclamaciones colectivas, se invita al CEDS a que la fase de admisibilidad, debido al elevado número que la superan, sea aplicada de forma más estricta. Para ello, le recomienda a que publique unos criterios claros y coherentes o que actualice los existentes. En lo tocante a la instrucción, se suscita que los demandados puedan responder durante todo el trámite a las alegaciones u observaciones de los participantes. Finalmente, en cuanto a la etapa posterior a la decisión sobre el fondo, el informe con las explicaciones se presente tras dos años a contar desde la finalización de la fase de ejecución.

En el ámbito de los progresos a nivel nacional, el año 2021, especial por celebrarse el sesenta y veinticinco aniversario de los textos de la CSE de 1961 y de la revisada, se vio acompañado de dos excelentes noticias. Se emplazan en el nivel legislativo.

La más cercana y relevante es la recuperación por España de una asignatura que tenía pendiente desde hace más de dos décadas: la ratificación de la CSEr. La situación era insostenible y carente de justificación. La gran mayoría de Estados europeos –en concreto en esos momentos treinta y cinco– estaban ya comprometidos. Sólo ocho se mantenían al margen⁴.

³ CM(2022)67-final, *Améliorer le système de la Charte sociale européenne*, accesible en: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a6864c

⁴ Los datos que se facilitan son contando a la Federación de Rusia como Estado miembro del Consejo de Europa. El Comité de Ministros adoptó el 16 de marzo de 2022 la Resolución CM/Res(2022)2 por la que le cesaba de su condición de miembro del Consejo de Europa, con base en el art. 8 del Estatuto de la organización, por la invasión de Ucrania. Las consecuencias jurídicas y financieras de esta decisión se pormenorizan en diez puntos recogidos en la Resolución CM/Res(2022)3, de 23 de marzo de 2022. El 24 de marzo de 2022 el CEDS emitió una Decla-

Únicamente firmada desde el 23 de octubre de 2000, los responsables gubernamentales actuales habían iniciado el *viaje* con ese destino el 30 de diciembre de 2019. En esa fecha se firmó el Acuerdo de coalición progresista entre PSOE y Unidas Podemos para la formación del ejecutivo que actualmente gobierna el país. En sus líneas introductorias sintetizaban su finalidad: situar a España “(...) como referente de la protección de derechos sociales en Europa”. Para ello, se organizaron once puntos. El primero comprendía la política que se desarrollaría para potenciar el crecimiento sostenible, así como la creación de empleo, basada en su carácter social y activo. Se orientaba hacia la reducción de la desigualdad, la eliminación de la precariedad del mercado laboral, la garantía de un trabajo digno, estable, además de unas pensiones justas, la realización de unas transformaciones estructurales que posibiliten el crecimiento potencial, la productividad y la capacidad de creación de empleo de calidad. Su ejecución se formalizaba con dieciséis medidas, deteniéndome en la décima, intitulada «Conciliación de la vida laboral, familiar y personal y corresponsabilidad en el tiempo de trabajo» que, a su vez, se divide en tres secciones. La última recogía el reto que ya es una realidad.

Por fin el BOE de 11 de junio de 2021 publicaba el Instrumento de ratificación. De este se han de subrayar dos aspectos. Por un lado, que se hizo de forma completa. Por consiguiente, ocho nuevos derechos venían a completar el ordenamiento jurídico. Por otro lado, la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas. El impacto en el marco legislativo es histórico, desde el punto de vista del reconocimiento de derechos sociales y de sus garantías. Ambos entraron en vigor el 1 de julio de 2021. Subrayo esta alusión porque, en la actualidad, se está en proceso de la ratificación del Protocolo regulador específico, tras la firma en Estrasburgo el 4 de febrero de 2021. Desconcierta esta actuación por dos motivos. Por una parte, por ser una duplicidad ya que la manifestación realizada, expresamente incluida con cinco líneas en la suscripción de la CSEr, es definitiva y de efectos equivalentes a la presente⁵. Es decir, no necesita para su operatividad jurídica, de una confirmación como se desprende de menciones como que esa actuación “*terminaría* de adoptar todo el sistema de la Carta Social Europea y permitiría desarrollar *nuevas medidas* para mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta” o que “tiene como objeto completar el sistema de protección”.

Por otra parte, por la introducción en la parte final de un inconcebible párrafo que está recibiendo insólitamente el respaldo de todos los parlamentarios⁶. Se trata de una declaración, a propuesta del Ministerio de Justicia. Se centra en el Anexo a la CSEr⁷, para interpretar literalmente el apartado relativo al ámbito de aplicación. Su finalidad es la de excluir de los derechos garantizados a los extranjeros que no se encuentren en situación regular, salvo que exista autorización previa y expresa por parte de las autoridades españolas en la que se especifique el alcance y forma en que dicha protección hubiera de ser garantizada.

La interesada apreciación es errónea pues contrasta con la dilatada exégesis que sostiene el CEDS (*Observación interpretativa sobre el ámbito de aplicación personal de la Carta*, Conclusiones 2004/XVII-1). Se particulariza en determinar su incompatibilidad con la Convención de Viena de Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969. El art. 31 dispone que la exégesis

ración en la que recuerda a los Estados los compromisos que han adquirido en virtud de la CSE y que la crisis que ha generado esta agresión no puede tener como consecuencia reducir la protección de los derechos que la CSE garantiza. Deben adoptar todas las medidas necesarias para que sean efectivamente preservados en todo momento, incluyendo, llegado el caso, la asistencia y la cooperación internacional. Accesible en: <https://rm.coe.int/statement-ecsr-war-ukraine-23march2022-final-fr/1680a5f5bd>

⁵ Sobre las modalidades de adhesión véase SALCEDO BELTRÁN, C. “El procedimiento de reclamaciones colectivas como paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 57, 2020, pp. 204-206.

⁶ El 12 de abril de 2022 se remitió por el Congreso al Senado el texto para la presentación de propuestas hasta el 26 de abril. (BOCG. Senado, apartado III, núm. 317-2914). El BOCG. Senado, apartado III, núm. 338-3082, de 27/05/2022 publica la autorización por el Pleno sin ninguna propuesta.

⁷ Véase *infra* con más detalle el apartado 2.

de los convenios debe efectuarse conforme a la *buena fe* en correspondencia con el sentido corriente que tenga que atribuirse a los términos del tratado en su contexto y según su objeto y fin. Emplazado igualmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, de 21 de marzo de 1986, su aprobación general lo instituyen, junto con el principio de *pacta sunt servanda*, en una de las dos normas imperativas aceptadas y reconocidas por toda la comunidad internacional como regla que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter (art. 53). Esa autoridad de *ius cogens* impera en cualquier instrumento normativo y lógicamente en las actuaciones de los poderes públicos. Con referencia precisa a ese Anexo, ante supuestos planteados, su inflexibilidad ha sido representativa sobre tres puntos: la primacía de esa regla transversal; la imposibilidad de derogación y la consideración de la CSE como un tratado de derechos humanos que tiene como finalidad la aplicación a nivel europeo, en complemento con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, de los derechos reconocidos a todos los seres humanos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Su objeto y fin, como instrumento normativo vivo consagrado a los valores de la dignidad, la igualdad y la solidaridad, es dar sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales que todo ser humano debe disfrutar (decisiones sobre el fondo de 8 de septiembre de 2004, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)* contra Francia, reclamación colectiva n.º 14/2003, 20 de octubre de 2020, *Commission internationale de juristes (CIJ)* contra la República Checa, reclamación colectiva n.º 148/2017 o 26 de enero de 2021, *Commission internationale de Juristes (CIJ) et Conseil européen sur les Réfugiés et Exilés (ECRE)* contra Grecia, reclamación colectiva n.º 173/2018). Por ello, es la interpretación teleológica la que prevalece y debe seguirse como la más oportuna para alcanzar los desafíos y no la más limitada que puedan pretender las Partes (decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, *Défense des Enfants International (DEI)* contra Bélgica, reclamación colectiva n.º 69/2011).

Junto a esta manifestación se pone de relieve además la ratificación del texto por Alemania unos meses antes. En concreto, el 29 de marzo de 2021. Ahora bien, no aceptó todas las disposiciones puesto que se excluyeron los arts. 4.4 (derecho de los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo), 7.1 (compromiso de las Partes a fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación), 10.5 (relativo al derecho a la formación profesional, la adopción de medidas adecuadas como la reducción o la supresión del pago de derechos y gravámenes, la concesión de una asistencia financiera cuando proceda, la inclusión, dentro de la jornada laboral, del tiempo dedicado a los cursos suplementarios que el trabajador realice a petición del empresario y la garantía de la eficacia del sistema de aprendizaje y de cualquier otro sistema de formación para trabajadores jóvenes y de su adecuada protección), 21 (derecho a la información y a la consulta de los trabajadores o sus representantes), 22 (derecho a participar en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y de su entorno), 24 (derecho a la protección en caso de despido), 30 (derecho a protección contra la pobreza y exclusión social) y 31 (derecho a la vivienda) de la CSE.

Uno de los factores que favorecieron lograr este reto ha sido el progreso de la efectividad de la CSE, tras erigirse en *bastión* de defensa de los defensores de los derechos sociales suprimidos o limitados para afrontar las medidas anticrisis⁸. La positiva respuesta de las instituciones judiciales domésticas de primera y segunda instancia han sido clave. Su respaldo a las demandas que consideran a esta fuente normativa como instrumento que reconoce derechos subjetivos han estimulado muchísimo su conocimiento, la difusión y su invocación. Es paradigma la SJS n.º 2 de Barcelona, 19 de noviembre de 2013, rec. 426/2013. Esta supuso un punto de

⁸ JIMENA QUESADA, L., "El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 29, 2014, pp. 1-19: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>

inflexión al determinar la incompatibilidad del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores con el art. 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. Se trataba del primer pronunciamiento del orden jurisdiccional social que aplicó el control de convencionalidad. Su trascendencia no sólo fue por el asunto que abordó sino también por cuatro contundentes referencias: la equiparación entre la CSE y los tratados de la UE en cuanto a su necesario respeto⁹; el efecto vinculante horizontal —entre particulares— de un precepto; la inserción en la argumentación jurídica de la interpretación de esa disposición realizada por una decisión sobre el fondo, término prácticamente desconocido, y, además, su naturaleza equivalente a la del texto normativo¹⁰. A partir de ese momento, se sucedieron más, de otras instancias, de la misma o diferente materia. Un ejemplo de la segunda es la STSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria 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.

Precisamente, meses antes de la autorización por el Consejo de Ministros de la ratificación, se encuentra uno de los puntos más álgidos. Partiendo de los antecedentes indicados, algunas sentencias recurrieron a decisiones sobre el fondo de disposiciones que todavía no se habían ratificado. Su impacto se debió por suscitar la confrontación de la regulación del despido improcedente del art. 56 del ET con el canon del Convenio n.º 158 de la 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 la *Ordonnance n.º 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail* que modificó el art. L1235-3 del Código del Trabajo (*plafonnement des indemnités pour licenciement abusif*). La segunda a consecuencia del Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 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 calcular¹¹. Me estoy refiriendo a las sentencias del Juzgado de lo social n.º 26 de Barcelona, de 28 de julio y 31 de julio de 2020, rec. 848/2019, 170/2020 y 174/2020¹².

⁹ Varias son las ocasiones en las que el CEDS ha probado los diferentes estándares de protección y la inexistencia 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 TEDH con relación al 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 art. 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 TJUE de 22 de febrero de 2018 (asunto C-103/16 Jessica Porras Guisado/Bankia, S.A., 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 n.º 85/2012, decisión sobre el fondo de 3 de julio de 2013. Véase SALCEDO BELTRÁN, C., “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”, *De-recho de las relaciones laborales*, n.º 6, 2020, pp. 900-917.

¹⁰ Fue derogado por 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.

¹¹ Sí de la cuantía que pasó a ser de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral).

¹² Están también dos del JS n.º 34 de Madrid, de 21 y 24 de febrero de 2020, rec. 843/2019 y 991/2019, que coinciden en cuanto a la argumentación de los textos supralegales. Pero presentan una confusión entre la «aplicación» y la «validez» en la interpretación del art. 96 de la CE y, por tanto, en la prerrogativa que proporciona a las instancias

Para ello, apelaron, sin precedentes, al art. 24 de la CSEr y a la decisión sobre la admisibilidad y sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016, *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, reclamación colectiva n.º 106/2014 y a la decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)* contra Italia, reclamación colectiva n.º 158/2017. En las tres, se sortea la dificultad realizando la congruente sinergia con el Convenio n.º 158 de la OIT. Se estima que el "(...) el contenido normativo es el mismo (...)". En otros términos, 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 (...)", vinculante¹³, como literalmente establecen. Se trata de una actuación apropiada y coherente pues expresamente el Informe explicativo de la CSEr informa que se inspira en ese Convenio¹⁴.

Este escenario de valoración no se encuentra sólo en nuestro país sino también en otros. Por lo que se refiere a Francia los *Conseils de prud'hommes* comenzaron a resistirse a la nueva medida sirviéndose de su confrontación con los textos internacionales¹⁵. Es el caso de Troyes, 13 de diciembre de 2018, n.º 18/00036, Amiens, 19 de diciembre de 2018, n.º 18/00040, Dijon, 19 de marzo de 2019, n.º 18/00464 o Montpellier, 17 mayo de 2019, n.º 18/00152. Sin haber unanimidad, les fue apoyando la segunda instancia. Entre otras, las sentencias de las *Cours d'appel* de Chambéry du 27 juin 2019, Reims de 25 de septiembre de 2019, n.º 19/00003, Reims de 2 de septiembre de 2020, n.º 19/01046 o la más reciente Cour d'appel de Paris de 16 de

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 art. 96 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 complementen con otro término que es el debería haber utilizado en todo momento, el de aplicación de la norma de rango. También, desconcierta que no referencien 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. Los pronunciamientos acaban resolviendo la improcedencia del despido, pero obligando a la readmisión por un criterio de jerarquía *stricto sensu*. A destacar una conclusión con nueve puntos en los que prácticamente se resuelve que todos los efectos habituales del despido improcedente son contrarios a la 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 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 n.º 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 "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".

¹³ A pesar de esa apreciación, se refiere con el término "dictámenes" de especial relevancia interpretativa.

¹⁴ Puede consultarse en:

<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 atractiva* de la jurisprudencia de este. Véase SALCEDO BELTRÁN, C., "Sinergias entre la OIT y los instrumentos internacionales de protección de los derechos sociales: estado actual y perspectivas", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n.º 434, 2019, pp. 153-188.

¹⁵ Véase PERCHER, C., "Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne révisée", *Revue de droit du travail*, n.º 11, 2017, pp. 1-5 y MOULY, J., "Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure pour la «réforme Macron»", *Droit Social*, n.º 9, 2017, pp. 1-9.

marzo de 2021, n.º 19/08721. Todo ello a pesar de que la *Cour de Cassation* se pronunció en contra (Avis 17 de julio de 2019 n.º 15012 y 15013)¹⁶. Ahora bien, se ha de advertir que, en este proceso de aplicación de los estándares internacionales y del control de convencionalidad, atienden al art. 10 del Convenio de la OIT y no al art. 24 de la CSEr, estimando que este no tiene efecto directo. El razonamiento, a mi modo de ver, carece de la más mínima justificación. Los términos del art. 10 de la OIT y del art. 24 de la CSEr son idénticos –indemnización adecuada o a otra reparación apropiada–¹⁷. Cualquier distinción es simplemente irracional. Esta instancia superior sigue manteniendo esta línea. Así se muestra en las recientes sentencias de 11 de mayo de 2022 (n.º 21-14.490 et 21-15.247). En ellas se determinan cuatro aspectos fundamentales: se admite el efecto directo del Convenio n.º 158 de la OIT entre particulares sin necesidad de ningún acto complementario; que el ordenamiento jurídico francés observa este estándar en la materia indicada; que los jueces no pueden realizar un control de convencionalidad *in concreto* apartando este sistema de cálculo pues, de hacerlo, generarían incertidumbre y discriminación entre los ciudadanos; que la CSE no puede invocarse entre particulares por ser de carácter programática y que las decisiones de fondo del CEDS no son vinculantes.

Italia también debe ser citada por la significativa sentencia 194/2018, de 26 de septiembre de 2018 de la *Corte Costituzionale* que apreció la idoneidad de la CSE aunque lamentablemente no de los pronunciamientos del CEDS¹⁸. Igualmente Grecia por la “histórica sentencia”¹⁹ del Tribunal de primera instancia de El Pireo n.º 3220/2017²⁰, que desplegó la protección por despido derivada del art. 24 de la CSEr.

Como se puede observar, el contexto europeo se encauza desde hace años hacia la CSE. Ahora bien, el destino no está plenamente alcanzado. Paralelamente a este progreso se encuentran también los recelos y resistencias con el tratado y el organismo que lo monitoriza. Por el momento el Tribunal Supremo mantiene su oposición en cuanto a un posible efecto directo aunque se aprecia una cierta apertura a considerarlo de algunos preceptos y, con ello, un correcto recurso al control de convencionalidad. Así se constata en dos recientes sentencias de 28 y 29 de marzo de 2022, rec. 471/2020 y 2142/2020. Textualmente la primera indica que ante la heterogeneidad del contenido “(...) no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias). En lo que atañe a la segunda

¹⁶ Este procedimiento se encuentra regulado en los arts. 1031-1 à 1031-7 del Código de procedimiento civil. El art. L441-1 del Código de la organización judicial prevé que cuando las jurisdicciones tengan que decidir sobre una cuestión complicada que esté generando numerosos litigios, pueden, con carácter previo a la adopción del pronunciamiento, consultar sobre ella a la *Cour de Cassation*.

¹⁷ NIVARD, C., «Le rôle des juges nationaux dans l'application de la Charte sociale européenne en France », *Europe des droits & libertés/Europe of Rights & Liberties*, mars 2020/1, <https://www.europedeslibertes.eu/en/article/le-role-des-juges-nationaux-dans-lapplication-de-la-charte-sociale-europeenne-en-france/> pp. 87-96. En todo caso, se progresa como así muestra esta autora en «La Charte Sociale Européenne en France: des progrès... mais peut mieux faire», *Lex Social: Revista De Derechos Sociales*, vol. 12 (1), 2022, pp. 594-604, <https://doi.org/10.46661/lexsocial.6481>

¹⁸ Sobre el régimen jurídico véase LÓPEZ DE LA FUENTE, G., “La reforma laboral italiana: un comentario tras las modificaciones esenciales introducidas por el «Jobs Act»”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 22, 2017, n.º 22, pp. 13 y 14.

¹⁹ TSIMPOUKIS, C., “Some brief notes on decision n.º 3220/2017 of Piraeus’ single-member Court of first instance”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, n.º 2, 2018, pp. 18-25. Me remito a esta referencia para un completo análisis del contenido de la sentencia y un estudio del régimen jurídico del despido en ese país.

²⁰ Versión original en griego, véase la traducción inglesa realizada por PAP, S., DELIYANNI, C., TSIBOUKIS, C. y GAVALAS, N., “Single-member First Instance Court of Piraeus 3220/2017”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, n.º 2, 2018, pp. 26-39.

remarcar ampara el ejercicio del control de convencionalidad “por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica”.

Se ha de seguir en la dirección de defender el valor de la CSE y de los pronunciamientos del CEDS. Los indicios manifiestan que se prosperará. Las dos recientes reclamaciones colectivas presentadas contra España van a contribuir a que se debata en los foros jurídicos aún más sobre los tres puntos más conflictivos que habitualmente se presentan: la vinculación al tratado; la efectividad de los pronunciamientos del CEDS y el control de convencionalidad²¹. Para que sea enriquecedor, es trascendental un conocimiento de la materia, más de las novedades²².

2. APROXIMACIÓN GENERAL A LA CARTA SOCIAL EUROPEA REVISADA

La ratificación de la versión revisada ha incorporado estos ocho nuevos derechos: la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

También ha conllevado la modificación del texto de algunos de los que ya estaban suscritos para el fortalecimiento del principio de no discriminación, la mejora de la igualdad de género en todas las áreas cubiertas por el tratado, la mejor protección de la maternidad y protección social para las madres, de la protección social, legal y económica de los menores en el trabajo y fuera del trabajo y de las personas con discapacidad.

No se han de olvidar los otros que la conforman, originados en dos textos que ya teníamos suscritos. Por un lado, los diecinueve de la primera versión, adoptada el 18 de octubre de 1961, que son los siguientes: el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración equitativa (art. 4), la promoción de la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7) así como de trabajadoras (art. 8), la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), la protección de la salud (art. 11), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), el ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

Y, por otro lado, los cuatro del Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988. Específicamente, los derechos a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1), a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), a la participación en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3) y a la protección social de las personas ancianas (art. 4).

²¹ SALCEDO BELTRÁN, C., “La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 13, 2016, pp. 27-52.

²² Un estudio exhaustivo en SALCEDO BELTRÁN, C., “La Carta Social Europea y el procedimiento de reclamaciones colectivas: un nuevo y excepcional escenario en el marco legislativo laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 91/92, 2022, pp. 1-31 (en prensa).

Para tener el contexto completo se deben considerar también el Protocolo de Enmienda de 21 de octubre de 1991, que modificó algunos artículos con objeto de mejorar el mecanismo de control. Se trata de una norma que presenta la peculiaridad de no haber en vigor pues es preciso que todos los Estados expresen su consentimiento (art. 7). En estos momentos sólo lo han hecho veintitrés países a los que añadir tres que únicamente han firmado –Reino Unido, Luxemburgo y Eslovenia²³. El Comité de Ministros en la 467.ª Reunión de 2-6 de diciembre de 1991 adoptó la Decisión de aplicarlo, con la excepción del sistema de designación de los componentes del CEDS.

Por último, el significativo Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, que instauró un sistema de reclamaciones colectivas para avanzar en la efectividad de los derechos.

En estos momentos España tiene firmados y ratificados todos esos textos a excepción del último que, enlazando con lo explicado en el punto anterior, lo firmó el 4 de febrero de 2021 y está tramitando la ratificación. Reiterar que el procedimiento está operativo por la vía de la aceptación, como se ha explicado en el apartado anterior.

La CSEr declara en el Preámbulo que su finalidad es la de ir reemplazando progresivamente los textos aludidos para adaptar y actualizar los cambios sociales que se van produciendo. Dos afirmaciones clave encabezan el documento: el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales; la necesidad de garantizar a los ciudadanos de los Estados miembros del Consejo de Europa los derechos especificados en sus instrumentos con objeto de mejorar su nivel de vida y de promover su bienestar social.

A continuación, se estructura en seis partes. La primera recoge los objetivos que asumen las Partes contratantes al elaborar sus políticas. Los precisa en treinta y un puntos programáticos. Literalmente se referencia que “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...)”.

La segunda establece como compromisos a considerarse “vinculadas (...) por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”. Procede, a continuación, a reiterar los puntos anteriores, completando su contenido con cruciales subapartados.

La parte III regula las obligaciones de los Estados, explicando el peculiar sistema de ratificación, de forma que es posible que no todos los Estados estén obligados por las mismas disposiciones. Según dispone el art. A, b) de la CSEr, han de optar por ratificar, en principio, al menos, seis artículos de los nueve que se consideran el núcleo de la CSE, en concreto, deben escoger entre los arts. 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20. Luego han de adicionar otros artículos o párrafos, de manera que el total nunca sea inferior a 16 artículos o 63 párrafos numerados (art. A, c) la CSEr).

En cuanto a la Parte IV de la CSEr, contiene la regulación de la supervisión. Reenvía al control del sistema de informes que contiene el texto de 1961 (art. C) y al procedimiento de reclamaciones colectivas.

La parte V de la CSEr incluye, entre otros puntos, un principio de no discriminación transversal que garantiza el disfrute de los derechos reconocidos sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el na-

²³ Señala el art. 8 de este Protocolo de enmienda que lo hará “(...) el trigésimo día siguiente a la fecha en la cual las Partes Contratantes de la Carta hayan expresado su consentimiento de quedar vinculadas por el Protocolo (...)”.

cimiento o cualquier otra circunstancia. (art. E); la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público (art. F), las restricciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática destinadas a salvaguardar el respeto de los derechos y libertades de terceros o proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres (art. G), las relaciones con el derecho interno o con otros tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales vigentes o que puedan entrar en vigor (art. H), la aplicación de las disposiciones mediante leyes o reglamentos, acuerdos concluidos por los agentes sociales o cualquier otro medio (art. I); y el trámite de enmienda (art. J).

En lo que atañe a la parte VI recoge principalmente cuestiones relativas a la firma, ratificación y entrada en vigor (art. K), la aplicación territorial (art. L) y la denuncia (art. M).

En el propio tratado se integra con un Anexo (art. N). En este precisan dudas interpretativas que puedan surgir en la puesta en práctica de la CSE. Se ha destacar del mismo el ámbito de aplicación en lo que se refiere a las personas protegidas. Es uno de los debates que más polémica genera con los Estados que pretenden una interpretación literal del mismo frente al CEDS que insiste en que se ha de efectuar teniendo en cuenta su finalidad. España es un ejemplo de esta divergencia, como se ha relatado en el punto anterior. El apartado *ad hoc* que aborda esta cuestión se divide, a su vez, en tres.

El primero de ellos determina, como regla general, que son sujetos beneficiarios los nacionales de los Estados parte y los extranjeros que observen los siguientes requisitos:

- a) Tener la nacionalidad de uno de los Estados que han ratificado algunas de las versiones de la CSE.
- b) Residir legalmente, es decir, estar autorizado a entrar y permanecer en el territorio de ese Estado.
- c) Y/o estar autorizado a entrar y a trabajar legalmente en el Estado.

Obviamente, en ningún caso la CSE proporciona un derecho a entrar en un territorio ni a la libre circulación por otros Estados ni atiende a los nacionales de los terceros que no sean parte.

A continuación, se advierte de la existencia de determinadas disposiciones que tienen como destinatarios exclusivos a los extranjeros en las que se preservan derechos para que sean disfrutados sin discriminación basada en la nacionalidad. Exactamente son las cuatro siguientes:

a) El apartado 4 del art. 12 de la CSE, relativo a los derechos de seguridad social. Su aplicación exige garantizar la igualdad de trato así como la exportación de las prestaciones de seguridad social a los extranjeros determinados en el Anexo aludido y también a los que ya no residen en su territorio pero que lo han hecho legalmente y trabajado en las mismas condiciones, para garantizar los derechos que habrían adquirido en virtud de su legislación de seguridad social.

b) El apartado 4 del art. 13 de la CSE dispensa una protección específica en materia de asistencia social temporal y médica en caso de urgencia a los extranjeros que, teniendo la nacionalidad de los Estados parte de alguna de las versiones de la CSE, se encuentran legalmente en el territorio de otro Estado sin residir ni trabajar (verbigracia, los estudiantes o turistas).

d) El art. 18 de la CSE garantiza el derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otros Estados, debiendo de comprender, para dar sentido y realidad a su contenido, a los que han demandado un permiso de residencia o trabajo pero que todavía no están establecidos en el territorio.

e) Finalmente, el art. 19 de la CSE contiene derechos para los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia. En particular, el reagrupamiento familiar, garantías jurídicas

en caso de expulsión, enseñanza de la lengua del estado de acogida y, en caso de existir varias, en la lengua materna.

Los otros dos subapartados se destinan a los refugiados y apátridas, exhortando a la proporcionar el trato más favorable y, en todo caso, no inferior que el que se pueda derivar de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951 y la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, relativas a los Estatutos de los Refugiados y Apátridas y de cualquier otro acuerdo internacional vigente aplicable a esos colectivos. En este sentido, frente a situaciones críticas acaecidas a nivel europeo, el CEDS emitió el 8 de octubre de 2015 una *Observation interprétative sur les droits des réfugiés au regard de la Charte sociale européenne*, pionera al publicarse fuera del marco habitual de las Conclusiones, para recordar los derechos que tienen, incluida la protección contra la expulsión.

Claramente, es factible adivinar indicios de ampliar los derechos, que se confirman con la inclusión de una cláusula abierta que legitima a los Estados a aplicarlos a cualquier persona. Por consiguiente, según ese derecho positivo, en principio, están excluidos los extranjeros que no tienen la nacionalidad de un Estado Parte y los que están en situación irregular.

Esta afirmación debe ser completada con la jurisprudencia del CEDS que, dentro del margen que posee, ha efectuado una interpretación humanizadora y consustancial de un tratado de derechos humanos.

Así, en primer lugar, desde el año 2004 con frecuencia ha recordado que extranjeros que no están cubiertos por la CSE, tienen reconocidos derechos por la ratificación de otros instrumentos internacionales, como pueden ser el CEDH, por la normativa constitucional, legal o de otro tipo que no recoge el Anexo (*Observation interprétative sur le champ d'application personnel de la Charte*, Conclusiones 2004/XVII-1). Si bien, el control de este punto no puede efectuarlo, con la excepción de la citada expresamente en cuanto a los refugiados y apátridas, son habituales las interpretaciones coincidentes. Un ejemplo reciente es la sentencia del TEDH *Hirtu et autres* contra Francia, de 14 de mayo de 2020, que ha condenado al país por la expulsión de un campamento ilegal de población romaní (gitanos), fallo que se corresponde con la jurisprudencia que también desde hace años lleva pronunciando el CEDS por violación de los arts. 16 y 31 de la CSEr (*Centre européen des Droits des Roms* (CEDR) contra Francia, reclamación colectiva n.º 51/2009, decisión sobre el fondo de 19 de octubre de 2009 y *Forum européen des Roms et des Gens du Voyage* (FERV) contra Francia, reclamación colectiva n.º 64/2011, decisión sobre el fondo de 24 de enero de 2012).

En segundo lugar, en ocasiones, se ha servido para una aplicación extensiva recurriendo al derecho a la no discriminación (art. E de la CSEr) examinando la situación de forma globalizada (etnia gitana/romaní, sinti o inmigrantes), es decir, mostrando el colectivo y obviando la nacionalidad (*Mouvement international ATD-Quart Monde* contra Francia, reclamación n.º 33/2006, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2007 y *Fédération européenne des Associations nationales travaillant avec les Sans-abri* (FEANTSA) contra Francia, reclamación colectiva n.º 39/2006, decisión sobre el fondo de 5 diciembre de 2007). Ciertamente esto le resulta más factible si el demandado no apela a la exclusión pues, de hacerlo, en alguna ocasión ha cedido a la pretensión (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme* (FIDH) contra Irlanda, reclamación colectiva n.º 42/2007, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008), en cuyo caso se debe censurar la falta de coherencia.

En tercer lugar, más prosperidad ha tenido con otra vía, que no enmascara la nacionalidad, sino que recurre, como he avanzado, a una ostensible finalidad inherente a cualquier tratado de derechos humanos que no es otra que la necesidad de preservar universalmente ciertos derechos, básicos, inseparables e innatos de cualquier persona, como la vida, la integridad física o la dignidad humana. Nadie puede ser privado de ellos y la CSE debe ser un ejemplo en ese sentido, como tratado de derechos sociales que tiene como finalidad la aplicación a nivel europeo, en complemento con el CEDH, los derechos reconocidos a los seres humanos por la De-

claración Universal de Derechos Humanos de 1948. Es un instrumento vivo que consagra los valores de la dignidad, igualdad y solidaridad que ha de materializar y dar sentido en Europa a los derechos sociales fundamentales de cualquier ser humano (por todas, *Transgender Europe et ILGA-Europe* contra la República Checa, reclamación colectiva n.º 117/2014, decisión sobre el fondo de 15 de mayo de 2018).

En virtud de ello, cualquier hermenéutica debe dirigirse a la consecución de su objeto y no al de los Estados, que tiende a ser más limitado, en correspondencia con las reglas imperativas de derecho internacional general. Una posible exclusión supondría una violación del ius cogens internacional (arts. 31 y 53 de la Convención de Viena 1969), una fragilidad del marco normativo internacional además de una imposibilidad de reparar los perjuicios irreparables ocasionados.

Para finalizar este apartado destaco, sin ánimo exhaustivo, las siguientes directrices básicas que deben estar presentes en todo momento:

a) Insistir en la naturaleza jurídica preceptiva de la CSE y de los pronunciamientos del CEDS. El propio texto no deja lugar a dudas. En primer lugar, la Parte II, que reitera los 19 puntos de la Parte I, para remarcar su diferente efecto, programático, los de esta (“Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...”), frente al vinculante de los de la Parte II (“Las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas (...) por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...”). En segundo lugar, al explicar el peculiar sistema de ratificación en el art. 20.1, literalmente distingue, de nuevo, la estructura separada y sus efectos («(...) a considerar la Parte I (...) como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados (...) [y] a considerarse obligada por al menos cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II (...)»). En tercer lugar, en el Anexo (Parte III), que forma parte de la misma (art. 38), en el que se indica que el contenido lo constituyen obligaciones jurídicas de carácter internacional. A modo de ejemplo la SJS n.º 4 de Toledo de 18 de febrero de 2022, n.º 54/2022, así lo indica (“La Carta Social Europea es una norma que forma parte del Derecho interno y que tiene el mismo valor vinculante que los Tratados de la Unión Europea”)²⁴.

Añado en estos momentos un alegato más, que oportunamente se emplaza en los documentos examinados por el Consejo de Estado para emitir su informe respecto de la ratificación del Protocolo de Reclamaciones Colectivas²⁵. El informe de la Secretaría de Estado de Justicia, elaborado por la Directora General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, de 17 de diciembre de 2020, determina inequívocamente “(...) que el Tratado es jurídicamente vinculante y las decisiones del Comité de Expertos son de obligado cumplimiento”.

b) Muy relacionado con la anterior, poner de relieve que la CSE no es un texto que compila derechos teóricos o programáticos sino efectivos (decisión de fondo de 9 de septiembre de 1999, reclamación colectiva n.º 1/1999, *Commission Internationale de Juristes contre Portugal*).

c) La Introducción general que se emitió junto a las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global, con referen-

²⁴ Se trata de una referencia con valoración positiva. No lo es tanto la exigencia de que el art. 13 de la CSE determine la cuantía mínima de las prestaciones contributivas o que remita al umbral de pobreza fijado conforme a la Oficina de Estadística de la Unión Europea. Esa precisión la efectúa el CEDS, como se puede apreciar en el texto de este artículo. Requerir al tratado que incluya esas especificaciones, que tampoco tienen otros, considero que es excesivo, además de que daría como resultado un texto muy extenso ya que igualmente debería incorporar las de otras disposiciones.

²⁵ Referencia 486/2021, emitido por unanimidad en la sesión de 8 de julio de 2021, <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-486>

cias que hay que recordar a los Estados, en cuanto a que “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta (...)”.

d) Las obligaciones de los Estados, cuando han de adoptar medidas, no deben consistir únicamente en iniciativas jurídicas abstractas o genéricas sino que deben ser concretas, adecuadas, proporcionando recursos 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 colectiva n.º 13/2002, Association internationale Autisme-Europe contra Francia y 5 de diciembre de 2007, reclamación colectiva n.º 33/2006, Mouvement International ATD Quart Monde contra Francia)

e) Frente a posibles argumentos en cuanto al establecimiento por los Estados de medidas jurídicamente obligatorias en el marco del derecho comunitario o en cumplimiento de una sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, recordar que esa circunstancia no las sustrae del control de la CSE. Les corresponde tener en cuenta en todo momento los compromisos que han aprobado por la ratificación de este Tratado no existiendo una presunción de conformidad a ésta por la existencia de la misma respecto del derecho comunitario (decisión de fondo de 3 de julio de 2013, reclamación colectiva n.º 85/2012, n.º 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contra Suecia*).

3. EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS

3.1. Principales características

En el estudio del procedimiento de reclamaciones colectivas se ha de atender a tres documentos: el Protocolo regulador específico aprobado el 9 de noviembre de 1995²⁶, vector de la materia; su Informe explicativo de la misma fecha y el Reglamento de funcionamiento del CEDS de 29 de marzo de 2004²⁷. Lógicamente es primordial la esclarecedora jurisprudencia de los pronunciamientos de este emitida a lo largo de los años que integra cada uno de ellos. Ninguno debe ser infravalorado, remarcando el valor del tercero, escasamente conocido²⁸.

La primera norma se inicia con el acostumbrado Preámbulo en el que se describe su objetivo: mejorar la efectividad y plena realización de los derechos recogidos en el texto que complementa mediante un rápido mecanismo que, al mismo tiempo, refuerce la participación de los agentes sociales y organizaciones no gubernamentales.

A continuación, dieciséis artículos que dan respuesta a las preguntas básicas sobre quién puede presentar reclamaciones, ante qué órgano y en qué consiste el procedimiento.

En el análisis de sus notas caracterizadoras se comienza, en primer lugar, por su carácter facultativo. No es una cuestión baladí pues constata la posición secundaria en el seno del Consejo de Europa al no condicionar la entrada en la organización a la validación de las principales normas reguladoras de los derechos sociales y sus garantías. Se han arbitrado dos vías, la ratificación de la norma mencionada o la manifestación de una declaración específica, al suscribir

²⁶ Entró en vigor, el 1 de julio de 1998, tras la quinta ratificación, a tenor de lo prescrito en el art. 14.

²⁷ Accesible en los dos idiomas oficiales en <https://rm.coe.int/reglement-rev-320-fr/1680a2c895>. Ha sido objeto de once revisiones, la última el 19 de mayo de 2021.

²⁸ Así lo señala BRILLAT, enfatizando su consideración como fuente de derecho dentro del procedimiento, su barómetro, asimilándolo a un GPS que guarda los caminos recorridos por el CEDS, mostrando su madurez institucional y funcional. Protagonista en este sentido fue uno de sus presidentes, Jean-Michel Belorgey. En “Le Règlement du Comité européen des Droits sociaux”, en AA.VV. Stangos, P. et Deliyanni-Dimitrakou, C. (Eds.), *Parcours en Europe sociale, à bord du Comité européen des droits sociaux*, Athens, Sakkoulas publications, 2017, pp. 41 y ss.

la versión revisada de la CSE, aceptando expresamente la supervisión de sus obligaciones según este procedimiento (art. D.2 Parte IV). Por tanto, la admisión de la versión revisada del tratado habilita para refrendar explícita y simultáneamente ese instrumento como así ha sido utilizado por dos países; en concreto, Eslovenia, el 7 de mayo de 1999 y Bulgaria, el 7 de junio de 2000²⁹. Se trata simplemente de incluir una breve nota, facilitando a los países, como viable, el siguiente texto: *"Declaration contained in a Note Verbale handed to the Secretary General at the time of deposit of the instrument of ratification, on 7 May 1999 - Or. Engl. In accordance with Part IV, Article D, paragraph 2, of the Charter, the (...) declares that it accepts the supervision of its obligations under this Charter following the procedure provided for in the Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints, done at Strasbourg, on 9 November 1995"*.

Hago hincapié en este aspecto pues se tergiversa asiduamente: ratificar el tratado que compila los derechos, en cualquiera de sus versiones, no conlleva la aplicación automática del procedimiento de reclamaciones colectivas. Igualmente, se enlaza espontáneamente la versión revisada del tratado con el sistema de supervisión, cuando es posible, y es el caso concreto de dos países, Croacia y la República Checa³⁰, suscribir la originaria y poder servirse del mismo.

Transcurridos más de veinte años desde su vigencia, la situación actual de los Estados es de operar sólo en dieciséis frente a los cuarenta y dos que se han comprometido por los derechos. En particular, son Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia, Suecia y España³¹. La situación actual es que se han presentado un total de doscientas once reclamaciones, que se reparan de la siguiente forma:

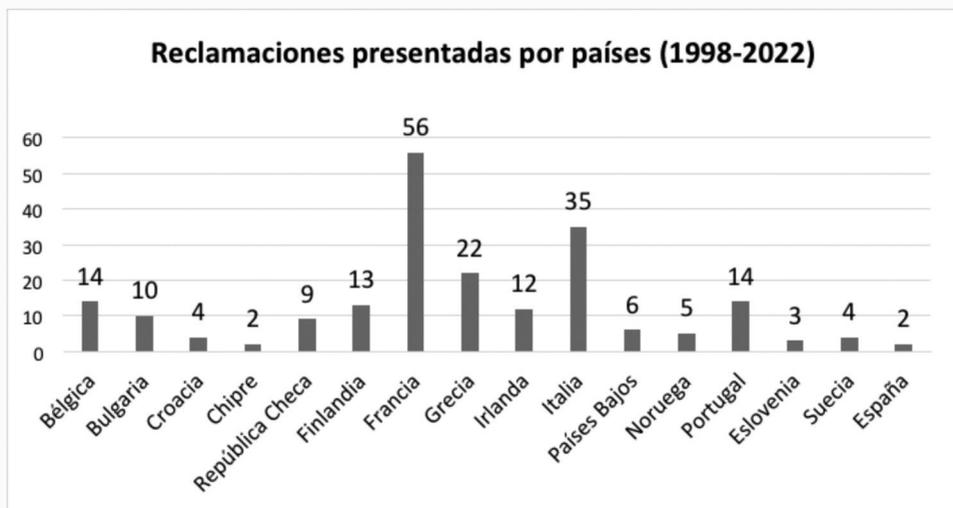


Tabla n.º 1. Elaboración propia, fuente <https://hudoc.esc.coe.int/>, datos a 4/5/2022.

²⁹ Véase:

https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/declarations?p_auth=1PSW05ha

³⁰ Grecia hasta el 18 de marzo de 2016, fecha en que ratificó la CSE revisada, era un tercer ejemplo.

³¹ 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 podían ser demandados por ese mecanismo de supervisión en ese preciso momento. La demandante fue la organización internacional no gubernamental, *University Women of Europe/ Groupe européen des femmes diplômées des universités*. La signifi-

De estas, doscientas y una han sido examinadas en el primer trámite a desarrollar (decisión sobre la admisibilidad). Lo han superado más del 90 %, transcurridos entre siete y once meses de su registro. La situación es inversa al TEDH en ambos aspectos, sin obviar la ausencia de argumentos, pues en el supuesto de no pasarlo, se limita a transcribir algunas de las causas del art. 35 del CEDH mientras que el CEDS explica motivada y particularizadamente cada supuesto.

Debido al incremento de reclamaciones, el plazo para el pronunciamiento definitivo en los últimos años se está dilatando a unos veinte meses.

Como su denominación indica, la reclamación tiene, en segundo lugar, carácter colectivo. Se ha advertido que no es incompatible con la posibilidad de ilustrar la petición con supuestos particulares sobre los efectos de la norma o práctica general que se impugna (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)* contra Irlanda, reclamación colectiva n.º 42/2007, decisión sobre la admisibilidad de 16 de octubre de 2007).

Los artículos 1 a 2 del PRC abordan la cuestión. En el primero se referencian los que tienen derecho pleno y en el segundo los que son susceptibles de beneficiarse de él. En principio, están habilitados los siguientes:

a. Las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la CSE. Ese reenvío es una muestra más de la sinergia en el funcionamiento de los dos sistemas de supervisión. En ese precepto se recoge la posibilidad de invitar, como máximo, a dos por cada parte para que envíen observadores, a título consultivo, a las reuniones del Comité Gubernamental de la Carta Social Europea. En la práctica, son tres, una de trabajadores, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), y dos de la parte empresarial, *BusinessEurope* y la Organización Internacional de Empresarios (OIE), extendiéndose su ámbito frente a cualquier Estado que haya suscrito este procedimiento.

b. Otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren inscritas en la lista especial elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental. Se trata de una mención original que no se encuentra en otros instrumentos internacionales, mostrando que se va más allá de circunscribir los derechos sociales al ámbito estrictamente laboral y de los agentes sociales. Está directamente relacionada con la incorporación del apartado segundo en el art. 23 de la CSE por Protocolo de Turín (1991) que expresamente prevé la remisión por el Secretario General de una copia de los informes gubernamentales a las organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa y especialmente calificadas en las materias reguladas por la CSE.

c. Las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación. Dos son los requisitos que deben reunir. Por una parte, ser un sindicato o asociación de empresarios con circunscripción nacional y, por otra parte, tener carácter de representativo.

cación 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. Las decisiones sobre el fondo se adoptaron los días 5 y 6 de diciembre de 2019. El 29 de junio de 2020 se publicaron. Se condenó a todos los países, excepto a Suecia, por la existencia de numerosas violaciones. Para un minucioso análisis véase SALCEDO BELTRÁN, C., "El Comité Europeo de derechos sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia", *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n. 460, 2021 pp. 73-123

En cuanto al primero, se ha perfilado que la inscripción en un registro nacional, la posesión de personalidad o estatuto jurídico diferenciado no es decisiva. Es suficiente el existente de las asociaciones de derecho común o general.

Igualmente se ha interpretado la inexistencia de relación contractual entre los que representan y la institución pública para la que trabajan o que las condiciones se fijen por ley, recordando que el derecho a la libertad sindical opera también respecto de las personas jubiladas o en situación de desempleo (*Associazione Nazionale Giudici di Pace* contra Italia, reclamación colectiva n.º 102/2013, decisión sobre la admisibilidad de 2 de diciembre de 2014).

Se ha de atender a las actividades que ejerzan, que deben encuadrarse en las habituales facultades que realizan y no tanto a la denominación stricto sensu o a la forma de organizarse (*Associazione sindacale «La Voce dei Giusti»* contra Italia, reclamación colectiva n.º 105/2014, decisión sobre la admisibilidad de 17 de marzo de 2015). Para ello, se ha valorado la competencia para negociar un convenio colectivo, convocar una huelga, medidas de conflicto colectivo, presentar demandas judiciales contra los empresarios, en nombre de colectivos que representen o actuaciones dirigidas a la regulación o determinación de las condiciones laborales.

No se asimilan las actividades formativas, culturales, organización de seminarios, reuniones para tratar problemas, de sensibilización, asesoramiento en cuestiones económicas o de pensiones (*Movimento per la liberta' della psicanalisi-associazione culturale italiana* contra Italia, reclamación colectiva n.º 122/2016, decisión sobre la admisibilidad de 24 de marzo de 2017, *Associazione Medici Liberi* contra Italia, reclamación colectiva n.º 177/2019, decisión sobre la admisibilidad de 6 de diciembre de 2019).

En lo que atañe al segundo, la definición del concepto de «representativas», tanto respecto de organizaciones de trabajadores como de empresarios, se deja a criterio del CEDS que lo ha particularizado siguiendo la casuística. De esta forma, no es un término equiparable al que pueda haber fijado la legislación doméstica. Un sindicato puede ser competente para presentar una reclamación colectiva y no tener esa atribución a nivel nacional (*Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC)* contra Francia, reclamación colectiva n.º 9/2000, decisión sobre la admisibilidad de 6 de noviembre de 2000, *Bedriftsforbundet* contra Noruega, reclamación colectiva n.º 103/2013, decisión sobre la admisibilidad de 14 de mayo de 2014).

Ahora bien, sí que puede ser un indicio. Por consiguiente, no es posible una correspondencia automática por lo que, aunque cabe una valoración de las directrices estatales acordadas, en ningún caso son el único elemento a apreciar. Para el CEDS es significativa la participación en la negociación colectiva o en planes, estrategias, acuerdos interconfederales, convenios u otros instrumentos reguladores nacionales, que lleva a caracterizarla como autónoma, independiente de la caracterización nacional y del contexto interno de las relaciones laborales en esa esfera (*Syndicat national des Professions du tourisme* contra Francia, reclamación colectiva n.º 6/1999, decisión sobre la admisibilidad de 10 de febrero de 2000, *Syndicat occitan de l'éducation* contra Francia, reclamación colectiva n.º 23/2003, decisión sobre la admisibilidad de 13 de febrero de 2004).

Otros puntos a examinar es su realidad y operatividad (*Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS)* contra Noruega, reclamación colectiva n.º 74/2011, decisión sobre la admisibilidad de 23 de mayo de 2012), conectando el fin de la organización y las actividades que desempeña (*Syndicat de Défense des Fonctionnaires* contra Francia, reclamación colectiva n.º 73/2011, decisión sobre la admisibilidad de 7 de diciembre de 2011). En su ausencia, se contemplan, entre otros, los siguientes:

a) Un estudio global de la documentación, no siendo determinante el número de afiliados. Ello conllevaría la exclusión siempre de las pequeñas o creadas recientemente frente a las grandes o las que llevan muchos años actuando (*Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS)* contra Noruega, reclamación colectiva n.º 74/2011, decisión sobre la admisibilidad de 23 de mayo de 2012, *Con-*

fédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) contra Francia, reclamación colectiva n.º 9/2000, decisión sobre la admisibilidad de 6 de noviembre de 2000, *Associazione Nazionale Giudici di Pace* contra Italia, reclamación colectiva n.º 102/2013, decisión sobre la admisibilidad de 2 de diciembre de 2014).

b) La representación por el sindicato de la gran mayoría de profesionales del sector de la actividad a que se refiere (*STTK ry* y *Tehy ry* contra Finlandia, reclamación colectiva n.º 10/2000, decisión sobre la admisibilidad de 12 de febrero de 2001).

c) El ejercicio, en una determinada zona o área de implantación, de actividades de defensa de los intereses materiales o jurídicos de los trabajadores de un sector en el que agrupa a un número suficiente, en condiciones de independencia respecto de las autoridades.

Una vez se ha considerado que se posee, el derecho a reclamar es independiente también de las categorías de personas que agrupa delimitadas en sus estatutos, de las que está autorizado a representar o reagrupar en el marco del derecho interno, pudiendo hacerlo respecto de otras (SUD Travail Affaires Sociales, SUD ANPE and SUD Collectivités Territoriales contra Francia, reclamación colectiva n.º 24/2004, decisión sobre la admisibilidad de 7 de diciembre de 2004 y *Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS)* et *Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF)* contra Italia, reclamación colectiva n.º 143/2017, decisión sobre la admisibilidad de 13 de septiembre de 2017).

No es condición sine qua non ser víctima directa de la vulneración que se denuncia, argumento que es invocado frecuentemente por los gobiernos para una pretendida inadmisibilidad (*Centre européen des Droits des Roms (CEDR)* contra Bulgaria, reclamación colectiva n.º 46/2007, decisión sobre la admisibilidad de 5 de febrero de 2008, *Défense des Enfants International (DEI)* contra los Países Bajos, reclamación colectiva n.º 47/2008, decisión sobre la admisibilidad de 23 de septiembre de 2008).

No se ha identificado que se posee representatividad si las actividades se limitan a una empresa, aunque esté afiliado o integrado en un sindicato de nivel superior (*Syndicat CGT YTO France* contra Francia, reclamación colectiva n.º 174/2019, decisión sobre la admisibilidad de 28 de enero de 2020, *Syndicat CGT YTO France* contra Francia, reclamación colectiva n.º 183/2019, decisión sobre la admisibilidad de 13 de mayo de 2020 y *Syndicat CGT Ford Aquitaine Industrie* contra Francia, reclamación colectiva n.º 184/2019, decisión sobre la admisibilidad de 13 de mayo de 2020).

Para finalizar, junto con los tres supuestos anteriores, es posible que un Estado contratante reconozca el derecho a presentar reclamaciones a cualquier organización nacional no gubernamental representativa. Puede ser indefinida o temporal. En ningún caso se permite realizar una selección entre ellas, es decir, debe revestir carácter general, impidiendo una categorización, jerarquización o relegación de unas respecto de otras.

Nuevamente se encuentra el término de “representativas”, pudiendo trasladar todo lo señalado anteriormente. Le corresponde al CEDS su análisis según, entre otros, el objeto social, su ámbito de actuación, etc. (*The Central Association of Carers in Finland* contra Finlandia, reclamación colectiva n.º 70/2011, decisión sobre la admisibilidad de 7 de diciembre de 2011).

Únicamente se ha aventurado Finlandia, el 21 de agosto de 1998. Frente a este país se han presentado un total de doce reclamaciones. De ellas, nueve tienen como entidad reclamante una ONG nacional gracias a esta aprobación (en particular, *the Central Association of Carers*, *Finnish Society of Social Rights*, *Central Union for Child Welfare (CUCW)* y *ATTAC ry*, *Globaali sosiaalityö ry* et *Maan ystävät ry*). Mientras el resto de países siga impasible, una forma de neutralizar esta imposibilidad es que las de ámbito doméstico preparen las reclamaciones y que las presenten las internacionales.

En tercer lugar, tiene la condición de ser preventivo. Esto se traduce en que puede iniciarse 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 materialización³². Por ello, se ha calificado de procedimiento “para todas las estaciones” por las diversas actuaciones que puede tener que afrontar el CEDS, de forma que puede sancionar un desfase entre ambas, es decir, la norma puede ser conforme y las praxis ser decepcionante, intolerable o irrisoria o una ausencia normativa, exhortando a los Estados a la regulación³³.

En cuarto lugar, no se precisa recurrir previamente a los procedimientos jurisdiccionales domésticos, rasgo indisponible para los Estados. Se les ha tenido que recordar frente a los intentos de que se inadmita una reclamación con esa alegación o llegando incluso a aprobar normativa interna opuesta. El CEDS puede valorar y examinar pronunciamientos de esas instancias, pero, en ningún caso, normativa reguladora que supedite las peticiones a ello (*Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES)* contra Francia, reclamación colectiva n.º 26/2004, decisión sobre la admisibilidad de 7 de diciembre de 2004, y *Centre européen des droits des Roms* contra Bulgaria, reclamación colectiva n.º 31/2005, decisión sobre la admisibilidad de 10 de octubre de 2005). Es un elemento que lo distingue de las demandas al TEDH así como de las comunicaciones individuales al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En quinto lugar, en cuanto al coste, el procedimiento es gratuito pero lógicamente, las entidades demandantes pueden tener un gasto 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 art. 41 del CEDH, prevista para los supuestos en que se resuelve con la existencia de violación ni de una sanción³⁴, invariable, al menos de momento.

En sexto lugar y último lugar, la aprobación del procedimiento de reclamaciones colectivas se hizo teniendo en cuenta el otro sistema de monitorización tradicional y más político, hasta el punto de que, en el año 2014, se adoptó una articulación conjunta. Por tanto, el establecimiento posterior de otra vía se efectuó sin postergar ni sustituir el actual. Ambos se complementan, recompensando a los Estados que se han comprometido por el facultativo para, también, estimular a los que no lo han hecho a sumarse. Están coordinados de forma que no se aplican los principios *res judicata ni non bis in idem*. 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 n.º 1/1998, decisión sobre la admisibilidad de 10 de marzo de 1999, *Association pour la protection des enfants (APPROACH) Ltd* contra Francia, reclamación colectiva n.º 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 n.º 104/2014, decisión sobre la admisibilidad de 30 de junio de 2014). Igualmente, la comunicación de nuevos elementos en el marco de una reclamación colectiva puede llevar al CEDS a proceder a una nueva apreciación ya examinada y, en su caso, a adoptar una decisión diferente.

³² BRILLAT, R.: «La Procédure de Réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté», en AA.VV. ADRIAENSENS, G. et LAHBIBI, V. (Coords.), *Pauvreté, Dignité, Droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*. Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, Bruxelles, 2008, pp. 75 y 76. Accesible en <http://www.luttepauvrete.be/rapport10ansaccord.htm>. Como ilustración véase AKANDJI-KOMBE, J. F., «L'application de la Charte Sociale Européenne: la mise en oeuvre de la procédure de réclamations collectives», *Droit Social*, n.º 9, 2000, n.º 9, pp. 888 a 896.

³³ BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales: el mecanismo de reclamaciones colectivas», en AA.VV. TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L. (Dirs.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 242 p. 244.

³⁴ BRILLAT, R., «Le Règlement du Comité européen des Droits sociaux...» *op. cit.*, p. 59. Una petición en ese sentido se realizó en la Reclamación n.º 9/2000, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC* contra Francia que fue rechazada por el CEDS en la decisión sobre el fondo sobre el 16 de noviembre de 2001.

La reclamación se presenta por escrito, en la que se indica el precepto/s que no se está observando. A continuación, el CEDS se pronunciará sobre su admisibilidad para pasar a instruir el procedimiento. Este es principalmente por escrito y se rige por los principios de contradicción, participación de terceros y publicidad.

Finaliza con la emisión de una decisión sobre el fondo, en la que se pronunciará sobre el asunto, que normalmente se publica en un plazo máximo de cuatro meses.

3.2. Las reclamaciones colectivas n.º 206/2022 y n.º 207/2022 contra España

Recientemente se han registrado las dos primeras reclamaciones colectivas contra España. Se trata de un acontecimiento muy importante. Su resolución tendrá un impacto sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico.

La primera se sitúa en el 2 de marzo de 2022. Cinco organizaciones –*Defence for Children International (DCI)*, *European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA)*, *Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés (MEDEL)*, *Confederación Sindical de Comisiones Obreras* and *International Movement ATD Fourth World Defence for Children International (DCI)*–³⁵, han recurrido al CEDS para denunciar por los cortes de luz que se producen desde octubre de 2020 en los sectores 5 y 6 en el asentamiento de la Cañada Real. El extenso documento, extraordinariamente detallado y fundamentado, muestra los severos efectos a la salud teniendo en cuenta que viven en esas zonas 4500 habitantes de los que 1800 son menores. En el relato circunstanciado se alega, con un enfoque normativo y jurisprudencial holístico, la violación de los arts. 31 (derecho a una vivienda adecuada), 16 (derecho de las familias a una protección social, jurídica y económica), 17 (derechos de los menores y adolescentes a una protección social, jurídica y económica), 30 (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social), 23 (derecho de las personas de edad avanzada a una protección social), 11 (derecho a la protección de la salud), 15 (derecho de las personas incapacitadas a la autonomía, integración social y a la participación en la vida de la comunidad), 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de tratamiento en materia de empleo y de profesión sin discriminación por razón de sexo), 27 (derecho de los trabajadores que tengan responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de tratamiento) y el art. E (no discriminación) de la CSEr en combinación con cada uno de los preceptos anteriores.

Procedimentalmente se subrayan dos elementos, argumentados en los irreparables perjuicios en la integridad física, psíquica y moral que se están produciendo. Por una parte, la tramitación prioritaria, en virtud del art. 26 del Reglamento del CEDS.

Y, por otra parte, la petición de medidas inmediatas que se traduzcan en el restablecimiento de energía eléctrica y calefacción, implicando en su materialización a las autoridades locales, regionales y nacionales. Para conocer más qué son y cómo funcionan, se inspiran en las medidas provisionales o cautelares del art. 39 del CEDH y del art. 63.2 de la Convención Iberoamericana sobre Derechos Humanos³⁶. Van más allá de su enfoque preventivo, puesto que pueden ser utilizadas para asegurar una mejor ejecución³⁷.

³⁵ Puede consultarse en <https://rm.coe.int/cc206-casedoc1-en/1680a5e8aa>

³⁶ JIMENA QUESADA, L., “La efectividad de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en AA.VV. Fernández Casadevante Romani, C. (Coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de fondo de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 142.

³⁷ JIMENA QUESADA, L. “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 22, 2013, p. 473.

Por lo que se refiere a su régimen jurídico, se acuerdan de oficio o a instancia de parte. En este último supuesto, la petición ha de ser motivada, debiendo concretar las razones, consecuencias a evitar y actuaciones concretas que se requiere para soslayarlas. Esta será trasladada al demandado para que presente una memoria.

En cuanto al momento, se ha de valorar positivamente una reforma de su reglamento que efectuó el CEDS el 10 de septiembre de 2019, en su sesión 308.^a Con anterioridad, este órgano las podía examinar junto con la decisión sobre la admisibilidad o en cualquier momento ulterior del procedimiento, incluso después de la decisión sobre el fondo. Debido a que, entre la presentación de la reclamación y la decisión sobre la admisibilidad pueden pasar varios meses, para acentuar y dar sentido a su objetivo, se acordó que se pudieran decidir en cualquier momento, incluyendo el margen temporal entre la presentación de la reclamación y el análisis de su aceptación. Obviamente, no prejuzgan ninguna decisión futura.

En lo que atañe a su contenido, exhortan al demandado a que con urgencia se abstenga de determinada actuación o adopte la solicitada. Finalmente, el pronunciamiento se denomina decisión sobre medidas inmediatas.

Con escasos días de diferencia se ha presentado la segunda reclamación colectiva. En concreto, el 24 de marzo de 2022³⁸. El sindicato UGT somete al CEDS el cálculo del despido impropio regulado en el art. 56 del ET. Considera que el abono de una indemnización, en el caso de no optarse por la readmisión, equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades confronta el art. 24 de la CSEr. Este requiere que sean adecuadas o apropiadas, es decir, teniendo en cuenta las circunstancias resarcitorias e indemnizatorias presentes en cada supuesto. Me remito al inicio de este estudio en el que se abordó el contexto sobre esta cuestión³⁹.

4. REFLEXIONES FINALES

Este estudio ha pretendido mostrar la relevancia del emblemático tratado de derechos sociales. Su condición de ser el más completo y de regular las garantías más expeditivas lo erigen en el vector de referencia.

Para alcanzar el destino que lo valore globalmente, incluyendo el texto y la interpretación auténtica que realiza el CEDS, hace falta, como magistralmente ha señalado Jimena Quesada, «voluntad positiva» de los gobernantes, los jueces o magistrados, los defensores de derechos humanos o los representantes de los trabajadores que la pongan en práctica, en coherencia con su actividad habitual⁴⁰.

³⁸ Puede consultarse en <https://rm.coe.int/cc207casedoc1-es/1680a63f45>. Apunta ROJO TORRECILLA que “la cercanía de nuestro marco normativo con el italiano abona la tesis de que puede declararse que el marco legal español en materia de despido y la indemnización tasada no se ajusta al art. 24 CSEr”, en “Hacia la ratificación definitiva del Protocolo adicional a la Carta Social Europea, y notas a la reclamación presentada por la UGT sobre la disconformidad de la normativa española (indemnización tasada en caso de despido según salario y antigüedad) con el art. 24 CSE revisada”, 23 de abril de 2022, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2022/04/hacia-la-ratificacion-definitiva-del.html?fbclid=IwAR28j8V4HOCZQbLXDHT3nSM432KiLR424uT5NJYyquzUY9Fqi0w7kQFqmyw>

³⁹ Véase *supra* apartado 1.

⁴⁰ “(...) Los derechos (su reconocimiento) valen tanto como las garantías, a lo que debe agregarse que las garantías valen tanto como la voluntad positiva (política, jurídica y judicial, académica, social y mediática) de ponerlas en práctica”, en “Diez razones para la aceptación de la Carta Social Europea y del procedimiento de reclamaciones colectivas”, en AA.VV, dir. SALCEDO BELTRÁN, C., *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo (homenaje al Profesor José Vida Soria)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 55.

Se progresa pero queda camino por hacer. En el ámbito legislativo español el destino está alcanzado. El de la efectividad no. Las Conclusiones publicadas por el CEDS el 23 de marzo de 2022 así lo ponen de manifiesto. El resultado es de numerosos, graves y persistentes problemas de cumplimiento de los derechos relacionados con la salud, la seguridad social y la protección social. De 401 conclusiones, 110 son de conformidad (27,43 %), 165 de no conformidad (41,15 %) y 126 son aplazadas (31,42 %) ante la imposibilidad de poder pronunciarse con la escasa o nula información suministrada. Nuestro país contribuye a ello pues se le han comunicado cinco de no conformidad y cuatro pospuestas a la espera de que suministre la información que se solicita para poder estudiar la situación⁴¹.

Debemos seguir exigiendo que se respete el constitucionalismo, la democracia social y los compromisos internacionales asumidos aunque las aguas sean procelosas. La CSE debe ser el estandarte de cualquier reivindicación, más en el contexto actual de recuperación frente a la pandemia.

⁴¹ Un completo análisis en SALCEDO BELTRÁN, C. “Conclusiones 2021 del Comité Europeo de Derechos Sociales: más utopía que realidad en los derechos relativos a la salud, la seguridad social y la protección social”, *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 57, 2022, pp. 421 a 464.