

LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y EL PROTOCOLO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS: LOS DERECHOS SOCIALES EN CLAVE DE EFECTIVIDAD

CARMEN SALCEDO BELTRÁN

NET21 NÚMERO 5, JULIO 2021

El 11 de junio de 2021 España recuperó una de las asignaturas que tenía pendientes desde hace más de veinte años. Por fin, apareció publicado en el BOE el Instrumento de ratificación de la Carta Social Europea revisada (CSEr). Con ello, nuestro país literalmente manifestaba su “(...) consentimiento (...) en obligarse (...)” por la declarada oficialmente en el marco del *Proceso de Turín* iniciado en el año 2014, *Constitución Social de Europa*. No es un reconocimiento formal considerando que comprende el catálogo internacional de derechos sociales más completo y ambicioso. Por añadidura se convalida con su condición preceptiva. Por tanto, cualquier asimilación al Pilar Europeo de Derechos Sociales es un desatino.

Esta memorable noticia venía acompañada de otra no menos significativa en su contenido. En las páginas primera y treinta y nueve se manifestaba la aceptación de la supervisión de todas obligaciones contraídas mediante el procedimiento de reclamaciones colectivas, regulado en el Protocolo adicional de 9 de noviembre de 1995. Los derechos sociales se respaldan con un mecanismo de garantía único. Se distingue, de entre todos los existentes, por su perentoriedad, determinación y proactividad¹.

Este comentario tratará de argumentar ambas afirmaciones con un objetivo: hacer ostensible su operatividad y, con ello, la necesidad de que esté presente en cualquier decisión que las instituciones públicas estatales, autonómicas y locales aprueben, más incluso en las relacionadas con la COVID19. La pandemia ha evidenciado la importancia de los derechos

¹ Para una explicación detallada del procedimiento puede acudir a Salcedo Beltrán, Carmen (2020), “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 2020, n° 57, pp. 195 a 271.

sociales así como las carencias existentes. El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano soberano y exclusivo de supervisión, así lo ha comunicado a los cuarenta y tres Estados Parte en la Carta Social (los ahora ya 36 Contratantes del texto revisado de 1996 y los 7 todavía anclados en la versión originaria de 1961) con dos concluyentes documentos. En ellos, además de evocar los compromisos adquiridos, señala que la superación de esta difícil situación debe realizarse mediante decisiones comunes en las que la Carta Social Europea tiene que ser un referente constante².

Si, como es habitual, se afrontan las crisis limitando o suprimiendo precisamente estos derechos -la realidad permite constatar que la teórica equiparación a los civiles y políticos es una quimera-, los profesionales jurídicos y defensores de derechos adquieren la responsabilidad de exigir el *desplazamiento* o *inaplicación* de la norma interna que se *desajusta* del convenio internacional (control de convencionalidad). Todo ello, con el aval de la STC 140/2018, de 20 de diciembre, paradigma de observancia rigurosa de la legalidad vigente y de la habilitación competencial a jueces y tribunales de *seleccionar* el derecho que conforma el ordenamiento jurídico.

Con carácter previo, la actualidad y, en concreto, la publicación en el BOE de 28 de junio de 2021 de un documento relacionado con el segundo de los bienvenidos acontecimientos indicados anteriormente, demandan una aclaración. El desacierto en la denominación es más que probable que ocasione tergiversaciones. Para situar haré una breve aproximación general del mecanismo de supervisión de reclamaciones colectivas. A diferencia del sistema de informes, es de carácter facultativo. Los Estados - en la actualidad dieciséis³- se obligan mediante dos vías: la suscripción del Protocolo adicional⁴ o una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa de admisión de ese específico control (Parte IV, Artículo D, párrafo 2 CSEr). España no ha sido pionera al decantarse por esta segunda vía pues previamente había sido utilizada por Eslovenia (1999) y Bulgaria (2000).

Ambas tienen el mismo carácter, es decir, son definitivas. En mi trayectoria investigadora con esta materia nunca había insistido en este punto. Inesperadamente, los responsables gubernamentales han publicado oficialmente el Protocolo, encabezado con la expresión "Aplicación

² Estos son, por un lado, la *Observation interprétative sur le droit à la protection de la santé en temps de pandémie* (21/4/2020) y, por otro lado, la *Déclaration sur la Covid-19 et les droits sociaux* (24/3/2021).

³ España desde el 1 de julio de 2021.

⁴ El marco regulador se completa con el Informe explicativo y el Reglamento de funcionamiento del CEDS de 29 de marzo de 2004 (última modificación incorporada el 19 de mayo de 2021).

provisional (...)”. La sorpresa en la organización europea, así como entre los que seguimos este tema, ha sido mayúscula puesto que esa calificación es inexistente jurídicamente y desconocida. En el caso de que se origine en la consideración de que la declaración incluida en el Instrumento de ratificación de la CSEr tiene esa naturaleza debería corregirse, pues es errónea. Esperemos procedan a enmendar urgentemente puesto que la extralimitación en la que han incurrido es constatable al haberse atribuido una *competencia de disposición* de la aplicación del Protocolo de la que carecen absolutamente. La precisión es necesaria pues lamentablemente sobre este Convenio y, más aún, sobre los instrumentos de monitorización, el desconocimiento y confusión es considerable.

Retomo el objetivo de este comentario que es el de probar la significación y el impacto en el marco normativo de los textos aludidos. Lo estructuraré en tres partes.

La primera lo acredita atendiendo a los derechos garantizados. En particular, treinta y uno. Subrayo el número por un motivo. La ratificación ha producido una atención especial en los nuevos. En particular son los ocho siguientes, por la suscripción completa: 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).

Es cierto que son relevantes pues algunos de ellos únicamente se encuentran recogidos en este Pacto. A ello se suma que en el año 2020 el art. 24, completado con dos sustanciales pronunciamientos del CEDS⁵, sin estar ratificado, ha sido implementado por las instancias judiciales inferiores del orden social⁶. Se ha logrado, integrándolo, con la oportuna sinergia, en el

⁵ *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia, reclamación colectiva n° 106/2014, decisión sobre el fondo de 8 de septiembre de 2016 y *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)* contra Italia, reclamación colectiva n° 158/2017, decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019. Sobre la misma materia están admitidas a trámite pendientes de resolución *Confédération générale du travail (CGT)*, reclamaciones colectivas n° 160/2018 y 171/2018 y *Syndicat CFDT de la métallurgie de la Meuse*, reclamaciones colectivas n° 175/2019 y n° 182/2019, todas contra Francia.

⁶ Me estoy refiriendo a las sentencias del Juzgado de lo social (JS) n° 26 de Barcelona, de 28 de julio y 31 de julio de 2020, rec. 848/2019, 170/2020 y 174/2020. Hay también dos del JS

Convenio nº 158 de la OIT. La actuación no es baladí puesto que ha suscitado un controvertido debate sobre la incompatibilidad de la tradicional forma de calcular la indemnización por despido improcedente en España (art. 56 ET) con los estándares internacionales.

Este desmedido interés ocasiona referencias erróneas. Un ejemplo cercano se localiza en cuanto al art. 31. Los colectivos antidesahucios celebraban su ratificación informando que con la versión del texto de 1961 no existía protección del derecho a la vivienda. Es incierto ya que el CEDS desde hace años interpreta los preceptos conectando su ámbito en la medida de lo posible y, en concreto, de esa materia la lleva proporcionando parcialmente con el art. 16 de la CSE (derecho de la familia a protección social, jurídica y económica)⁷.

Por consiguiente, se trata de un *gran avance* que no debe posicionar secundariamente a los que ya se tenían. Escasamente estudiados, se trata de veintitrés disposiciones, enriquecidas con numerosa jurisprudencia del CEDS, que proporcionan en la actualidad un nivel de protección más elevado que el resto. Asiduamente las menciones se limitan al salario mínimo interprofesional, que es sólo un apartado del art. 4. La Carta Social Europea es mucho más (entre otros, el derecho a la seguridad social -con un principio de progresividad que no debe pasar desapercibido- (art. 12), el derecho a la protección de las personas de edad avanzada (art. 23), el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), el derecho de sindicación (art. 5) o el derecho a la negociación colectiva (art. 6).

En definitiva, todos los preceptos deben ser objeto de equivalente consideración para su implementación y exigibilidad. Persistir en su naturaleza vinculante, como el propio texto determina frecuentemente (Parte III) y, por tanto, incorrectas apreciaciones sobre este punto, unidas a resistencias y continuas sospechas, deberían abandonarse.

La segunda parte lo avala con las garantías, tan importantes como los derechos. El órgano exclusivo al que se someten los Estados es el CEDS (Parte

nº 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 supraleales. Pero no se citan conjuntamente pues divergen en un elemento muy importante, las consecuencias de la implementación de los textos aludidos al supuesto planteado. Las dos últimas confunden, en la interpretación del art. 96 de la CE, entre la «aplicación» y la «validez», extralimitándose de sus competencias. 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.

⁷ Véase *Fédération internationale des Ligues des Droits de l'Homme* (FIDH) contra Irlanda, reclamación colectiva nº 110/2014, decisión sobre el fondo de 12 de mayo de 2017.

IV con especificación en Anexo CSEr). El control se materializa a través del sistema de informes y del procedimiento de reclamaciones colectivas. Los pronunciamientos que resultan (conclusiones y decisiones sobre el fondo) han de ser respetados. La máxima jurídica *legis interpretatio legis vim obtinet* debe ser observada⁸. El criterio determinante es el de ser soberano en la vigilancia y no su denominación *stricto sensu* como “tribunal”. En España, a la tradicional, inherente a la suscripción del tratado de 1961, se suma ahora la posibilidad de dirigirse directamente al CEDS presentando una reclamación. Este instrumento tiene singulares notas que confirman su excelencia para actuar frente a normativa o praxis que vulnere los compromisos adquiridos. Entre otras, la dispensa de la acostumbrada obligación de agotar las vías internas, su elevado porcentaje de admisibilidad, una tramitación considerablemente rápida, la iniciación sin necesidad de probar efectos perjudiciales, la atribución de la legitimación activa a organizaciones internacionales y nacionales representativas -concepto que el CEDS ha ido delimitando con abundante jurisprudencia que muestra un particular noción distinta de la que se ostente en el ámbito doméstico- y una instrucción, estructurada con base en los principios de contradicción, participación y publicidad constantemente.

La actividad del CEDS ha sido y sigue siendo especialmente modélica. Su firmeza se puede constatar en las dos monitorizaciones que efectúa. Lamentablemente se desconoce muchísimo. Lo ilustraré con un ejemplo que es prueba perceptible de los dos atributos. En el año 2016 se produjo un hecho sin precedentes en el CEDS. Por primera vez, todos los Estados que han ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas (en ese momento quince) fueron demandados por una organización no gubernamental internacional, *University Women of Europe/Groupe Européen des femmes diplômées des universités* (UWE/GEFDU). A esa originalidad se unía otra no menos esencial, relativa al fondo de asunto. Se requería al CEDS que se pronunciara sobre la desigualdad retributiva y de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. Las quince decisiones sobre el fondo se publicaron el 29 de junio de 2020, con resultado de condena para catorce ellos. Sus efectos no se limitan a ellos pues se prolongan a los cuarenta y tres que se han comprometido con el Tratado puesto que la fundamentación jurídica ha derivado en la adopción de unos *Criterios generales* y de una *Declaración* del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Ambos remiten a todos los Estados parte de la organización un principio clave: la

⁸ Véase un extenso estudio en Salcedo Beltrán, Carmen, “El Comité Europeo de Derechos Sociales: *legis interpretatio legis vim obtinet* en su máxima esencia y resistencia”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 2021, nº 460, pp. 73-127.

incompatibilidad de las discriminaciones por razón de sexo con la lucha por la preservación de los derechos humanos.

La tercera y última parte lo corrobora centrándose en un elemento clave, directamente relacionado con los dos anteriores: la efectividad. Insisto y puntualizo el término a efectos de implementar y exigir el obligado reconocimiento y consideración por todas las instituciones públicas (legislativas, ejecutivas y judiciales) de los derechos y de los pronunciamientos del CEDS, no ciñéndonos por tanto a una más restringida y subsidiaria justiciabilidad. Desde el año 2013, las sentencias de primera y segunda instancia muestran esa efectividad. Ahora bien, también enseña las numerosas dificultades. A partir del 1 de julio los tres puntos más controvertidos, la aplicación directa de la CSE -vertical y horizontal-, la naturaleza jurídica vinculante de la interpretación del CEDS y el control de convencionalidad, van a presentarse más. En ese sentido reitero mi interpretación sostenida desde hace años. Los cánones internacionales, ratificados y publicados oficialmente, conforman el ordenamiento jurídico y en su articulación, tienen carácter supralegal. La oposición a su efectividad resulta de una tradicional percepción de los tratados como instrumentos teóricos, vacíos y carentes de efectividad, de forma que se conmemore su asunción como un gran progreso pero, a partir de ese momento, sean adornos que “no molesten”. Su inobservancia ocasiona inestabilidad jurídica que sólo es restablecida por los jueces y magistrados aplicándolos. Se trata de actuación que preserva el Estado de derecho.

Concluyo, estas páginas creo que argumentan sobradamente que la Carta Social Europea y los pronunciamientos del CEDS deben emplazarse en el trabajo diario de cualquier materia que verse sobre derechos sociales. Las recientes ratificaciones deben ser aprovechadas también para afrontar los enormes e inexcusables déficits de conocimiento. Ignorarlas conlleva estar desprovisto de un *arma* de reivindicación de derechos básica, la más determinante de entre todas las existentes en la protección multinivel.