

Principio de igualdad en la Carta Social Europea Revisada y en la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales

Carlos Hugo Preciado Domènech

I.- Introducción	4
II.- La Carta Social Europea Revisada. Aspectos generales y control de convencionalidad.	6
II.1.-Naturaleza jurídica y valor de la CSE.	6
II.2.-Aplicabilidad directa de la CSE.	7
II.3.- Control de convencionalidad.....	12
II.4.- El valor de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales	13
II.5.- La CSE en el recurso de casación para la unificación de doctrina	18
II.6.- La interpretación de la Carta Social Europea.	21
II.6.1.- <i>La interpretación de los Tratados y Convenios internacionales. Cuestiones generales</i>	21
II.6.3.- <i>La interpretación de los Tratados y Convenios en España</i>	22
II.6.4.- <i>Las normas especiales de interpretación de la Carta Social Europea</i>	22
II.7.- El papel de los tribunales nacionales en la interpretación de los Derechos Humanos. El principio de norma más favorable o "Máximo mínimo".....	25
III.- LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE INTERPRETACIÓN DE LA CSE. ARTÍCULO E	28
III.1.- <i>Principio de no discriminación: artículo E de la Carta</i>	28
III.2.- <i>Antecedentes del art. E</i>	28
III.3.- <i>Definición de discriminación</i>	28
III.4.- <i>Definición de "distinción discriminatoria"</i>	29
III.5.- <i>Finalidad del Artículo E</i>	29
III.6.- <i>Motivos prohibidos de discriminación más allá de los expresamente enumerados en el artículo E</i>	30
III.7.- <i>Alcance del Artículo E</i>	31
III.8.- <i>Comparabilidad, justificación, proporcionalidad</i>	31
III.9.- <i>Covid-19 y el artículo E</i>	31
IV.- IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN DERECHOS CONCRETOS.....	32
IV.1.- Art.1 CSE Derecho al trabajo. Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo.	32
IV.1.1.- <i>Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo</i>	33
IV.1.2.- <i>Motivos de discriminación prohibidos</i>	34
IV.1.3.- <i>Discriminación de género</i>	34
IV.1.4.- <i>Discriminación por edad</i>	35
IV.1.5.- <i>Discriminación por motivos de nacionalidad</i>	35
IV.1.6.- <i>Discriminación con respecto al trabajo atípico (duración determinada y tiempo parcial)</i>	36
IV.1.7.- <i>Ámbito material</i>	37
IV.1.8.- <i>Medidas necesarias para garantizar la eficacia de la prohibición de la discriminación</i>	37
IV.2.- Art.8 CSE. Derecho de la mujer trabajadora a la protección por maternidad.	40
IV.2.1.- <i>El derecho a la licencia de maternidad</i>	40
IV.2.2.- <i>El derecho a las prestaciones de maternidad</i>	41
IV.2.3.- <i>Protección frente al despido</i>	42
IV.2.4.- <i>Derecho al tiempo suficiente para lactancia</i>	44
IV.2.5.- <i>Regulación del trabajo nocturno</i>	44
IV.2.6.- <i>Prohibición de trabajos en minería subterránea, y otros peligrosos, insalubres o arduos</i>	45

IV.3.- Art.20. CSE El derecho a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo.....	47
IV.3.1.- Igualdad en el trabajo y en materia de seguridad social	48
IV.3.2.- Igualdad de oportunidades y medidas positivas	49
IV.3.3.- Obligaciones de promover el derecho a la igualdad de remuneración	50
IV.3.4.- Transparencia salarial y comparaciones laborales.....	51
IV.3.5.- Tutela judicial.....	52
IV.3.6.- Carga de la prueba	53
IV.3.7.- Compensación adecuada	53
IV.3.8.- Protección contra represalias	54
IV.3.9.- Acceso a determinadas ocupaciones.....	55
IV.3.10.- Medidas específicas de protección	55
IV.3.11.- Seguridad Social	55

I.- Introducción

El presente trabajo tiene por objeto aproximar la Carta Social Europea revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas así como la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre su aplicación a los/as profesionales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, haciendo especial incidencia en el régimen jurídico de **la igualdad y no discriminación** en las relaciones laborales, en el marco de **las XXIII Jornades Catalanes de Dret Social**.

En el **BOE de 11 de junio de 2021** se publica el Instrumento de **Ratificación de la Carta Social Europea (revisada)**, hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. La **Carta Social Europea (revisada)** entró en vigor con carácter general el 1 de julio de 1999 y **está en vigor para España desde el 1 de julio de 2021**, de conformidad con lo dispuesto en su Parte VI, artículo K, apartados 2 y 3.

En el mismo Instrumento de Ratificación, se dispone que en relación a la parte IV, artículo D, párrafo 2, de la Carta Social Europea (revisada), España declara que **acepta la supervisión** de sus obligaciones contraídas en la Carta según lo que establece el procedimiento **recogido en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas**, hecho en Estrasburgo, el 9 de noviembre de 1995.»

La importancia de esta ratificación es innegable. La Carta Social Europea (CSE) es nada menos que la "**Constitución Social de Europa**" y recoge los derechos humanos sociales fundamentales. De la misma forma que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 noviembre de 1950 es el máximo exponente de derechos humanos civiles y políticos en el ámbito del Consejo de Europa, la CSE lo es de los derechos económicos sociales y culturales. El contexto histórico de la Guerra Fría, en que se alumbran el CEDH y la CSE impone la separación de ambos tipos de derechos (civiles y políticos, vs. económicos, sociales y culturales) en dos textos distintos, lo que ocurriría también a nivel universal con los PIDCP y PIDESC de la ONU de 1966.

Esta separación, más allá del contexto histórico, no tiene justificación alguna desde el prisma de la concepción de **los derechos humanos como el trasunto jurídico de la dignidad humana**, basada en una realidad ontológica y ética única.

En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 32/13, de 1977, ya declaró el **carácter indivisible de los derechos humanos**, pues no son imaginables los derechos políticos y civiles sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En la misma línea, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 25 de junio de 1993 de la ONU, celebrada en Viena (punto 5), proclama la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, siendo por tanto, a día de hoy, la contraposición entre derechos civiles y políticos vs. derechos económicos sociales y culturales una división artificiosa y anacrónica.

Sin embargo, a pesar de la indiscutible importancia de la CSE en materia de los derechos humanos en el ámbito del Consejo de Europa, lo cierto es que **la aplicación de la CSE en España no se ha correspondido con dicha importancia** y ha sido muy inferior a la aplicación por la jurisdicción nacional del CEDH y la doctrina del TEDH, que tradicionalmente ha gozado de un amplio predicamento en todos los órdenes jurisdiccionales.

El impacto que ella haya de tener en la praxis jurídica dependerá, en buena medida, del grado de conocimiento y la habilidad en el manejo del propio texto de la Carta revisada y de su Protocolo, primero, incorporando sus preceptos en los fundamentos de las pretensiones por los abogados/as y graduados/as sociales y después, resolviendo conforme a la doctrina que interpreta la CSE, marcada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), por los órganos jurisdiccionales.

Por todo ello, **este trabajo pretende auxiliar a la práctica aplicativa de la CSE**, identificando los puntos claves de su aplicación, como el control de convencionalidad, su interpretación, el valor de las resoluciones del CEDS o su aplicabilidad directa; traduciendo el Digesto y la doctrina sobre el derecho de igualdad, tanto en su aspecto de principio interpretativo, como en su aspecto de contenido de los derechos que contempla la CSE.

Este curso servirá a su propósito si logra resolver algunas dudas sobre la interpretación de la CSE en materia de igualdad y no discriminación que aún persisten en el foro y contribuir a la normalización de su aplicación en la práctica jurisdiccional.

Carlos Hugo Preciado Domènech

*Magistrado especialista del Orden Social. TSJ Catalunya
Doctor en Derecho*

II.- La Carta Social Europea Revisada. Aspectos generales y control de convencionalidad.

II.1.-Naturaleza jurídica y valor de la CSE.

La Carta Social Europea es el Tratado más importante en la protección de los derechos humanos sociales en el ámbito de Europa Occidental, por ello se la suele denominar la Constitución Social Europea.

Se adopta en **Turín el 18/10/1961**, en el seno del Consejo de Europa (creado el 05/05/1949) y entra en vigor el 26/02/1965. Un total de 43 Estados de los 47 miembros del Consejo de Europa han ratificado la CSE en su versión inicial y/o revisada entre los que están los 27 miembros actuales de la UE.

España se incorporó al Consejo de Europa el 24/11/1977 y ratificó la versión originaria de la CSE el 29/04/1980 hecha en Turín. (Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, «BOE» núm. 153, de 26/06/1980). España aceptó 72 párrafos de la CSE, la totalidad de los párrafos de la CSE

La Carta tiene los siguientes Protocolos:

- **Protocolo Adicional 5/05/1988**: ratificado por España (Instrumento de ratificación de 24/01/2000. «BOE» núm. 99, de 25/04/2000.)
- **Protocolo Adicional 21/10/1991** : firmado el 21/10/1991; (Instrumento de ratificación 24/01/2000. No publicado en el BOE, pendiente la ratificación por Dinamarca, Reino Unido y Luxemburgo, que lo han firmado pero no ratificado)¹
- **Protocolo Adicional (nº3) 09/11/1995** que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas, firmado por España el 04/02/2021 y ratificado por España (BOE núm.139, 11 de junio de 2021).
- **Carta Social Europea revisada de 03/05/1996**: firmada el 23/10/00, Ratificada por España (BOE núm.139, 11 de junio de 2021).

Conforme al CEDS², el **propósito de la Carta Social Europea**, a nivel europeo, además del Convenio Europeo de Derechos Humanos, **es implementar la Declaración Universal de Derechos Humanos.**

En esta perspectiva, conviene, respetando la diversidad de tradiciones nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa, que son la riqueza del acervo social europeo y que no pueden ser cuestionadas ni por la Carta ni por las condiciones de su aplicación:

- consolidar la adhesión a los valores comunes de solidaridad, no discriminación y participación;
- identificar principios que autoricen la implementación de los derechos reconocidos por la Carta con la misma eficacia en todos los estados miembros del Consejo de Europa.

¹ GARCÍA GONZÁLEZ, G. "El sinuoso e inconcluso proceso de adhesión de España a la Carta Social Europea: resistencias, imperfecciones y retos de futuro". Revista Jurídica de los Derechos sociales. Lex Social vol 9. nº 1/2019.

² Conclusiones 2006, introducción general

La implementación de la Carta Social, naturalmente, cae principalmente bajo la responsabilidad de las autoridades nacionales. Estos pueden, teniendo en cuenta su organización constitucional y su sistema de relaciones sociales, otorgar a las autoridades locales o los interlocutores sociales el ejercicio de determinadas competencias. Sin embargo, si no van acompañadas de las precauciones adecuadas, estas estrategias de implementación pueden poner en peligro el cumplimiento de los compromisos asumidos en virtud de la Carta.

La CSE, además es, por tanto, un **Tratado de derechos humanos** y, por tanto, su **aplicación y su interpretación** ha de regirse por las **normas y los principios propios de la interpretación de los tratados** y convenios internacionales.

II.2.-Aplicabilidad directa de la CSE.

La aplicabilidad directa de la CSE **ha sido una cuestión controvertida** con carácter previo a la ratificación por España de la CSE revisada y el protocolo de reclamaciones colectivas en junio de 2011.

Así, por un lado, se encontraban **quienes defendían que los preceptos de la Carta Social Europea y el Protocolo de 1988 no eran invocables directamente ante los Tribunales.**³

Sin embargo, buena parte de la doctrina⁴, y también de los tribunales⁵ **sostuvieron la aplicabilidad directa de la CSE**, incluso antes de la ratificación de la CSE revisada y el protocolo de reclamaciones colectivas .

Tanto es así, que incluso el TS ya había aceptado tácitamente la aplicación directa de la CSE, descartando dicha aplicabilidad en los preceptos no ratificados por España. Así, en la STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), en un caso sobre el tiempo de formación, el TS determina si la

³ ALZAGA RUIZ, I. "La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos". Trabajo y Derecho, N.º 64, Abril 2020, WOLTERS KLUWER.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. " Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española" Trabajo y Derecho, N.º 15, Marzo 2016, WOLTERS KLUWER

CANOSA USERA, R. "El control de convencionalidad. Ed. Civitas Thomson Reuters. Monografías. 2015.

⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F. "Control de convencionalidad y Carta Social Europea". La carta social Europea: Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al profesor José Vida Soria / Carmen Salcedo Beltrán (Directora); Jesús Barceló Fernández...[et al.] -- Valencia : Tirant lo Blanch, 2021. p.342-353

JIMENA QUESADA, L. "El control del cumplimiento y la aplicación de la Carta Social Europea". Cuadernos Digitales de Formación. -- Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 2020. -- N.º16 - 2020. - 25 p.

SALCEDO BELTRÁN, M.C. "La intervención de las organizaciones nacionales en el sistema de informes de la Carta Social Europea: una cita insoslayable con las "observaciones" Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, N.º. 55, 2020.

SALCEDO BELTRÁN, M.C. La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales. Trabajo y Derecho, N.º 13, Enero 2016, WOLTERS KLUWER

ALFONSO MELLADO, C.L. " La Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos: contenido y aplicabilidad directa (RS 119/17 Enero 2017)" Actum Social n.º 119. Monográfico 2017, enero 2017

AKANDJI-KOMBÉ, J.F. "La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los estados partes " Tratado sobre la protección de derechos sociales / Manuel Terol Becerra, Luis Jimena Quesada (Directores) - - Valencia : Tirant lo Blanch, 2014 ISBN 978-84-9033-989-3.

⁵ SJS n.º 2 de Barcelona, n.º 412/2013 de 19 de noviembre, SJS n.º 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, SJS n.º Palma de Mallorca (rec 281/2019), SJS de Mataró de 29 de abril de 2014, SJS n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS n.º 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, SJS n.º 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015, SSJS de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015, SJS n.º 26 de Barcelona de 12 de marzo de 2018, STJS n.º 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, SJS n.º 12 de Barcelona de 14 de septiembre de 2015, SJS n.º 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015, SJS n.º 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015, SJ Contencioso-administrativo n.º 2 de Valladolid de 21 de junio de 2018. STSJ Canarias Las Palmas), núm. 73/2017, de 31 de enero, STSJ Canarias (Las Palmas) de 30 marzo 2016, (Rec 989/2016), STSJ Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2016 (Rec 2099/2016), STSJ Canarias (Las Palmas), de 31 de enero de 2017, (rec 1300/2016),(STSJ Catalunya núm. 274/2020 de 17 enero.

sentencia recurrida ha infringido el artículo 10.4 c) de la Carta, concluyendo que

"además no puede afirmarse que este art. 10.4 c) tenga fuerza vinculante en España», con base en que no es de los artículos que se consideran por la propia Carta como de asunción ineludible por los Estados que la han ratificado, ni el BOE que publicó el texto de la Carta recoge los artículos de la parte II en donde se incluye ese artículo como uno de los aceptados por España."

En efecto, el TS, de acuerdo con el art.96.1 CE, considera que la ratificación del precepto y su publicación en el BOE produce el efecto de que tiene fuerza vinculante en España.

Siendo ello así, el **debate sobre la aplicabilidad directa** de la CSE **ha perdido todo sentido** tras la **ratificación de la CSE revisada** y el **protocolo de reclamaciones colectivas**.

En efecto, **quienes defienden su inaplicabilidad** directa solían argumentar⁶:

(i) un análisis de la estructura de la Carta, que distingue tres partes diferenciadas y de las que algunas son claramente programáticas y que según estiman extienden ese efecto de mera enunciación de principios a todo su articulado,

(ii) la debilidad de la CSE en cuanto a su valor jurídico, propia de un documento político y plagado de obligaciones jurídicas de mero carácter internacional y estatal, cuya aplicabilidad está sometida únicamente a la supervisión que se contempla en la parte IV, cuando no redactados los derechos allí expresados bajo el paraguas de la obligación de «reconocer» y de «comprometerse», siendo esta –en principio– impropia de las normas que generan obligaciones directas entre particulares, y

(iii) finalmente culminan la argumentación con base en que el protocolo de reclamaciones colectivas, un aspecto que podría configurar el síntoma determinante de la obligatoriedad de la Carta, no había sido ratificado por España, y que, además, no exige para su planteamiento el haber agotado las vías internas.

Sin embargo, los **argumentos de la no aplicabilidad directa son poco convincentes y han quedado en buena medida desfasados**.

En efecto, desfasados porque la ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas ha privado del argumento "fuerte" a quienes, precisamente, sometían la aplicabilidad directa de la CSE a su ratificación.⁷

En segundo lugar, **el análisis estructural de la CSE** para predicar su carácter "*not self-executing*", cede ante la literalidad de la propia CSE. Así, el Artículo A (Obligaciones) CSE distingue entre la Parte I, con un claro valor programático, que define como "*una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por*

⁶ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M. " La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 460 (julio 2021), pp. 175-204

⁷ ALZAGA RUIZ. I. "La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos". Trabajo y Derecho, N.º 64, Abril 2020, WOLTERS KLUWER. La Ley 3331/2020

*todos los medios adecuados". Mientras que la Parte II obliga a los Estados a considerarse obligados por un número determinados de preceptos. Además, el Artículo C les somete a la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de la Carta, lo que difícilmente es predicable de un texto meramente programático. Pero, por si cupiera aún alguna duda sobre la aplicabilidad directa de la CSE, el Artículo H dispone que "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a la disposiciones de derecho interno ni a los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan estar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorables a las personas protegidas". Ello supone que **las disposiciones de la CSE sí afectan y se imponen sobre las disposiciones de derecho interno tratados, convenios o acuerdos que supongan un trato menos favorable** a las personas protegidas. Se trata de la cláusula común de norma más favorable contemplada como cláusula casi de estilo en la mayoría de tratados o convenios de derechos humanos.*

Por otro lado, y más importante, respecto de la aplicación directa de la CSE por los órganos jurisdiccionales nacionales, **el artículo 30 de la Ley 25/2014** de Tratados internacionales, dispone que «*[/]os tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes*».

Así pues, siendo la CSE un Tratado, no cabría descartar de plano y respecto todo su texto su aplicabilidad directa, sino que habrá que analizar la doctrina del CEDS, supremo intérprete de la CSE, para determinar si nos hallamos ante un texto inaplicable directamente por los jueces y tribunales, o bien ante un instrumento "*self-executing*", y por tanto, directamente aplicable por los órganos jurisdiccionales.

Del análisis de cuanto queda expuesto, el resultado que alcanzamos es que la **CSE es directamente aplicable e invocable ante los Tribunales nacionales**, y ello en base a los siguientes cuatro argumentos:

En primer lugar, **la CSE distingue con nitidez una Parte I, como de contenido programático de la Parte II, como de contenido jurídico vinculante.**

- **La vinculación de cada Estado a la CSE**, en función de los derechos seleccionados, consiste en el deber del Estado de :

- a) **Respetar los derechos**: no impedir el goce o disfrute de los mismos.
- b) **Proteger los derechos**: impedir que el estado o terceros obstaculicen el goce y ejercicio de los derechos seleccionados.
- c) **Cumplirlos o satisfacerlos**: facilitar que las personas puedan acceder al goce y ejercicio de los derechos.

Así se desprende del **art. 29 Ley 25/14** : "*Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los*

tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados". Los tribunales, en tanto que poder público, está vinculado también por este precepto, por lo que debe velar por el adecuado cumplimiento de la CSE.

- Los deberes de respeto, protección y cumplimiento en un ordenamiento como el Español en que la norma internacional se incorpora al ordenamiento interno (art.96 CE) impone a los Jueces inaplicar la ley claramente contraria a la CSE por imponerlo así el art.31 de la Ley 25/14 : "*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.*" (vid. también STC 140/2018)

Todo ello aboca a la aplicabilidad directa de la Carta Social Europea.

En segundo lugar, **no hay precepto alguno, ni en la CSE, ni en nuestro derecho interno, que imponga la necesidad de desarrollo legislativo para aplicar y garantizar los derechos garantizados en la CSE y para poderlos invocar directamente ante los Tribunales**, como sí ocurre con determinados principios rectores de la política social y económica (art.53.3 CE)⁸, o con determinados principios reconocidos en la CDFUE en el ámbito de la UE (art.52.5 CDFUE)⁹. Por tanto, conforme al art.30 LTI, en principio la CSE resulta de aplicabilidad directa.

En tercer lugar, **ARTÍCULO H de la CSE se refiere a la "Relación entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales"**

Las disposiciones de esta Carta no afectan las disposiciones del derecho interno y de los tratados, convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén o vayan a entrar en vigor y que sean más favorables para las personas protegidas"

A sensu contrario, **las disposiciones de la CSE sí afectan a las normas de derecho interno que sean menos favorables.**

Por tanto, si las disposiciones de la Carta se entienden sin perjuicio de las disposiciones del derecho interno y de los tratados multilaterales que sean más favorables para las personas protegidas¹⁰, las mismas han de entenderse directamente aplicables, pues se reconoce- sin necesidad de desarrollo legal interno- dos posibles situaciones de conflicto entre CSE y norma interna: más favorable o menos favorable. Ello sólo es posible predicarlo de normas directamente aplicables y, por tanto, susceptibles de entrar en conflicto entre ellas en el momento de aplicarlas al caso concreto. En este sentido, véase también el principio de norma más favorable en el art.3.3 ET, que parte ,como

⁸ Art.53.3 CE El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

⁹ Art.52.5 CDFUE. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

¹⁰ CCC c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §§69-69.

no podría ser de otra manera, de la aplicabilidad directa de las normas en conflicto.

En cuarto lugar, **el ARTÍCULO I de la CSE** dispone que :

"1. Sin perjuicio de los métodos de aplicación previstos en estos artículos, las disposiciones pertinentes de los artículos 1 a 31 de la Parte II de la presente Carta se aplicarán mediante:

a. Leyes o reglamentos

b. acuerdos concertados entre empleadores o las organizaciones de empleadores y las organizaciones de trabajadores;

c. una combinación de los métodos anteriores;

d. otros medios apropiados.

Los compromisos de los párrafos 1,2,3,4,5 y 7 del artículo 2, de los párrafos 4,6,y 7 del artículo 7 , de los párrafos 1,2,3 y 5 del artículo 10 y de los artículos 21 y 22 de la parte II de la presente Carta se considerarán cumplidos siempre que las disposiciones se apliquen, de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, a la gran mayoría de los trabajadores interesados."

En la interpretación del ARTÍCULO I de la CSE, el CEDS ha considerado que "**No basta con que exista una ley y respete los principios de la Carta para que la situación sea conforme, también es necesario que esta ley se aplique en la práctica**"¹¹.

De ello resulta que, ante **la inexistencia, insuficiencia o contravención por la ley de los derechos reconocidos en la CSE, el juez nacional ha de aplicar en la práctica los derechos reconocidos en la Carta**. En efecto, como ha sostenido la doctrina¹², la CSE impone que se dicten normas, ya sea vía legislativa, reglamentaria o convencional, pero también exige que las prácticas sean aceptables. Es decir, no se cumple con la CSE por el mero hecho de dictar normas de "bella factura" si la práctica no lleva a la efectividad de los derechos .

De todo ello, en mi opinión, resulta **la aplicabilidad directa de los derechos reconocidos en la CSE, y su invocabilidad ante los tribunales españoles o "justiciabilidad"**, como algunos la han denominado¹³.

Para concluir, cerrando con un argumento *ad absurdum* ¿ **cómo puede sostenerse que la CSE no es de aplicación directa si el propio TS (Sala IV), la ha aplicado en multitud de ocasiones?**¹⁴

¹¹ Comisión Internacional de Juristas c. Suecia, denuncia n ° 1/1998, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 1999 § 32.

¹² BELORGEY, J.-M. "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales" En: Revista de derecho político, ISSN 0211-979X, N° 70, 2007, págs. 347-377

¹³ AKANDJI-KOMBÉ, J.F "La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales de los estados partes" En: Tratado sobre la protección de derechos sociales / Manuel Terol Becerra, Luis Jimena Quesada (Directores) -- Valencia : Tirant lo Blanch

¹⁴ STS de 20 de febrero de 1992 (rec. 1006/1991), STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), STS de 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012), STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. 32/2015), STS de 28 de septiembre de 1992 (rec. 1970/1991), STS de 11 de mayo de 1998 (rec. 3962/1997), STS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002), STS de 2 de julio de 2015 (rec. 1699/2014) o en la STS de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018), o la STS de 2 de febrero de 2021 (rec. 43/2019),

En definitiva, **la CSE goza de aplicabilidad directa en España**, y si bien serán normalmente las leyes y los convenios colectivos los que hagan efectivos los derechos que la misma garantiza y serán éstos los que se invocarán ante los Tribunales, cuando las citadas leyes y los convenios colectivos establezcan un estándar menos favorable que el garantizado por la CSE, podrá acudir ante los Tribunales, para que apliquen la CSE e inapliquen al caso la norma interna menos favorable.

II.3.- Control de convencionalidad

El control de adecuación de la ley interna a los Tratados y Convenios ratificados por España, debe partir de que **la jerarquía normativa superior del Tratado o convenio internacional sobre la ley** se reconoce por la Convención de Viena de 23/05/69 que dice en su artículo 27: *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46"*¹⁵.

Este **valor supra legal de los Tratados** ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia: como ejemplo el dictamen de 26 de abril de 1988 sobre la aplicabilidad del Acuerdo de sede de la ONU frente a lo dispuesto por una ley posterior norteamericana: "es un principio generalmente reconocido del Derecho de gentes que, en las relaciones entre las Potencias contratantes de un tratado, las disposiciones de una ley interna no puedan prevalecer sobre las del tratado". (Rec 1988: 35, pág 57)

En este mismo sentido, ahora en **nuestro derecho interno, el Artículo 31 de la Ley 25/2014**, de 27 de Noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales establece la Prevalencia de los tratados, diciendo:

" Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional."

El rango superior del tratado sobre la Ley, en fin, ha sido reconocido también por la Sala IV del TS, por ejemplo en STS de 5 de junio de 2000 (STS de 5 junio 2000 (RJ 2000, 4650))

Pero quien ha dado un empujón definitivo a la existencia entre nosotros de un control de convencionalidad difuso, que atribuye a los juzgados y tribunales ordinarios el control de adecuación de las leyes a los tratados y convenios internacionales ha sido, nada menos, que el propio Tribunal Constitucional, en

¹⁵ Artículo 46 Disposiciones de Derechos interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2.- Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y la buena fe.

su TC 140/2018 , FJ 6°): "el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho, aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25) , FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre (RTC 2001, 221) , FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre (RTC 2006, 308) , FJ 5)" (STC 145/2012, de 2 de julio (RTC 2012, 145) , FJ 4)".

La **doctrina del rango infraconstitucional y supralegal** de los Tratados y Convenios internacionales y **del control de convencionalidad difuso**, en los términos que han quedado expuestos, ha sido posteriormente consolidada en : SSTC 10/2019 (FJ 4.º), 23/2019(FJ 2.º), 35/2019 (FJ 2.º), 36/2019 (FJ 2.º), 80/2019 (FJ 3.º) y 87/2019 (FJ 6.º). De toda ella se desprende con claridad, que **corresponde a los tribunales ordinarios el control de convencionalidad**, consistente en el **control de ajuste de la norma interna al Tratado o convenio**, y su **inaplicación al caso concreto** en caso de contravención, por imperativo del art.9.3 CE, art.31 LTI y art.6 LOPJ, sin que ello implique un juicio de validez de dicha norma.

De esta forma, si bien **hubo voces contrarias a este control de convencionalidad difuso** por parte de la jurisdicción ordinaria¹⁶, en la actualidad **dicho debate está más que zanjado por la doctrina de nuestro TC**, que admite sin ningún tipo de reparo dicho control de convencionalidad.

II.4.- El valor de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales .

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), **se crea con el art.25 Parte IV de la CSE revisada**. Hasta 1998 se denominó Comité de Expertos Independientes¹⁷. Conforme a su Reglamento de procedimiento (RCEDS)¹⁸ (art.1), con las modificaciones adoptadas por le Comité en 19/05/2021, el CEDS, se compone de **15 miembros**, conforme a la decisión de los ministros

¹⁶ CANOSA USERA, R. "El control de convencionalidad.". Ed. Thomson Reuters. Civitas. Primera edición. 2015

¹⁷ ARENAS RAMIRO, M. "La garantía del comité Europeo de Derechos Sociales: un compromiso real con los derechos sociales". En: Lex social: revista de los derechos sociales, ISSN-e 2174-6419, Vol. 10, Nº. 1, 2020, págs. 261-291

¹⁸ Puede consultarse en su versión inglesa en: <https://rm.coe.int/rules-rev-320-en/1680a2c899>

Diputados en aplicación del art.25 pfo. 1 de la CSE, modificada por el Protocolo de Turín.

Su **mandato es de 6 años**, renovable una sola vez (art.6 RCEDS). En cuanto a su estatuto, sus miembros, tienen garantizada la protección del *Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, de 2 de septiembre de 1949*.¹⁹

En el ejercicio de sus funciones, se comprometen a desempeñarlas con imparcialidad, disponibilidad y secreto de las deliberaciones. Se emite una declaración solemne en la primera reunión a la que se asiste, previa al inicio de su actividad, y en la que (art.4 RCEDS) se dice: *“Declaro solemnemente que ejerceré mis funciones como miembro de este Comité de conformidad con los requisitos de independencia, imparcialidad y disponibilidad inherentes a mi cargo y que mantendré en secreto las deliberaciones del Comité”*.

En ningún caso pueden desarrollarla si les surgen otras incompatibles. Un incumplimiento de tales obligaciones conlleva la rendición de cuentas frente al órgano. (vid. arts.3-7 RCEDS). Por tanto, sus miembros tienen un estatuto de independencia e imparcialidad, propias de la magistratura.

El CEDS , conforme al art. 2 RCEDS, **se pronuncia sobre la conformidad de la situación en los Estados con la Carta Social Europea**, el Protocolo Adicional de 1988 y la Carta Social Europea Revisada. Adopta **conclusiones** en el marco del **procedimiento de informes** (arts. 19-22 RCEDS) y **decisiones** en el marco del **procedimiento de reclamaciones colectivas** (Arts.23-28 RCEDS).

El CEDS es el órgano control de la Carta Social en el Consejo de Europa²⁰ y desde la vigencia del protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 **las decisiones que emite pueden considerarse como actividad jurisdiccional**²¹, pues se emiten por un colegio de miembros con un estatuto de independencia, tras un procedimiento contradictorio entre partes enfrentadas (vid. arts.23-40 RCEDS). Así lo ha reconocido la doctrina más reticente a asumir la naturaleza doctrinal de las resoluciones del CEDS²². En efecto, el carácter jurisdiccional de los informes puede presentar varios reparos: la falta de un procedimiento contradictorio previo, el tener por objeto cuestiones generales y no casos o pretensiones concretas, etc.; sin embargo en el procedimiento de reclamaciones colectivas ceden todos y cada uno de dichos obstáculos. Así, el procedimiento de reclamaciones colectivas se inicia por demanda (art.23 -28 RCEDS), el examen de su admisibilidad (art.20-30 RCEDS), período de alegaciones (art.31-32a) RCEDS), prueba, e incluso una vista (art.33 RCEDS), resolviéndose por una resolución (conclusiones) (art.35 RCEDS), similar en estructura a una sentencia del TEDH, que ha de hacerse pública, pues el proceso en todas sus fases viene informado por el principio de publicidad (art.37 RCEDS).

¹⁹ Puede consultarse en: <https://rm.coe.int/168006372a>

²⁰ BELORGEY, J.-M. "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales" En: Revista de derecho político, ISSN 0211-979X, N° 70, 2007, págs. 347-377

²¹ BELORGEY, J.-M. "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: El Comité Europeo de Derechos Sociales" En: Revista de derecho político, ISSN 0211-979X, N° 70, 2007, págs. 347-377

²² SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M. " La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 460 (julio 2021), pp. 175-204

En definitiva, **en el caso de las reclamaciones colectivas**, nos hallamos ante un conflicto entre partes definidas, articulado a través de un **proceso informado de los principios de igualdad, contradicción y publicidad**, propios de todo proceso judicial.

Por lo demás, otra **nota indicativa de la jurisdiccionalidad** de las conclusiones adoptadas por el CEDS en el proceso de reclamaciones colectivas, viene dada por la **posibilidad de acudir a la tutela cautelar**, propia del ámbito jurisdiccional, ya que el CEDS en cualquier fase del proceso, de oficio o a instancia de parte puede adoptar medidas cautelares cuya adopción sea necesaria para evitar perjuicios irreparables o daños a las personas interesadas (art. 36 RCEDS) (vid Reclamación nº 86/2012 (FEANTSA c. Países Bajos), en un caso de personas sin hogar; y Reclamación nº 90/2013 (Confederación de Iglesias Europeas c. Países bajos), en un caso de situación de falta de alimentación vestido y alojamiento de personas extranjeras en situación irregular en Holanda.

Por estas razones, incluso la doctrina reticente a considerar "jurisprudencia" las resoluciones del CEDS²³, concede que, en el caso de **las decisiones en el proceso de reclamaciones colectivas, su naturaleza jurisprudencial es más plausible** que en el caso de las conclusiones en el procedimiento de informes.

Sin embargo, se apuntan **dos óbices** para reconocer la naturaleza jurisprudencial de dichas conclusiones:

- que **no generan una obligación directamente exigible** –al menos, por vía diplomática– al Estado, como sí puede hacerse con las sentencias del TEDH.
- **no son la culminación de un litigio concreto, entre dos partes enfrentadas**, y que, además, no hay que agotar las vías internas para obtener un pronunciamiento del CEDS.

No obstante, a mi entender, dichos óbices no resultan convincentes.

En primer lugar, **el Comité de Ministros del Consejo de Europa es, a nivel internacional, quien tiene encomendado el procedimiento internacional de ejecución de las resoluciones del CEDS**. Así lo establece el Artículo C de la CSE revisada, que establece: *"Supervisión del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente Carta.*

El cumplimiento de las obligaciones jurídicas contenidas en la presente Carta se someterá a la misma supervisión que la Carta Social Europea."

En este sentido, la CSE en su art.29 dispone que *" Por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones, el Comité de Ministros, sobre la base del informe del Subcomité y previa consulta a la Asamblea consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las partes contratantes. "*

²³ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M. " La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 460 (julio 2021), pp. 188-190

Así mismo, el art.9 del Protocolo adicional de 1995 sobre reclamaciones colectivas dispone "1.- Sobre la base del informe del Comité de expertos independientes (CEDS desde 1998), el Comité de Ministros adoptará una resolución por mayoría de los votantes. Si el CEDS concluye que la Carta no se ha aplicado de forma satisfactoria, el Comité de Ministros adoptará, por mayoría de 2/3 de los votantes, una recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada. En ambos casos, el derecho de voto se limitará a las Partes Contratantes en la Carta. 2. A solicitud de la Parte contratante afectada, el Comité de ministros, podrá decidir, por mayoría de 2/3 de las Partes Contratantes en la Carta, consultar al Comité Gubernamental cuando el informe del CEDS plantee nuevas cuestiones.

Por otro lado, el art.10 del mismo Protocolo de 1995 establece que "La Parte Contratante afectada informará sobre las medidas que haya adoptado para poner en práctica la recomendación del Comité de Ministros en el siguiente informe que presente al Secretario General de conformidad con el art. 21 de la Carta".

Además, en algunos casos, el CEDS en los procedimientos de reclamaciones colectivas ha apreciado la existencia de una "**violación agravada**". El Comité considera que existe una infracción agravada cuando se cumplen los siguientes criterios:

- por un lado, la adopción de medidas que violen los derechos humanos específicamente dirigidas a los grupos vulnerables y que los afecten;
- por otro lado, la pasividad de las autoridades públicas que no solo no toman las medidas adecuadas contra los autores de estas violaciones, sino que también contribuyen a esta violencia²⁴.

La consecuencia de una violación agravada es la solicitud del Comité de publicidad inmediata de la decisión sobre el fondo ²⁵

En lo que respecta al Gobierno demandado, la constatación de violaciones agravadas implica no solo la adopción de medidas correctivas adecuadas, sino también la obligación de asegurar y ofrecer garantías adecuadas de que dichas violaciones cesen y no se repitan²⁶.

Es obvio que nos hallamos ante obligaciones directamente exigibles al Estado, a diferencia de lo que sostienen las tesis que estamos rebatiendo.

Por tanto, y como subraya la mejor doctrina²⁷, en la CSE, igual que ocurre en el caso del TEDH (art.46 CEDH), corresponde al Comité de Ministros supervisar el cumplimiento de las resoluciones el máximo órgano aplicador del texto internacional, el TEDH, en el caso del CEDH y el CEDS en el caso de la CSE.

En segundo lugar, **no es correcto afirmar que las decisiones del CEDS no culminan un litigio concreto entre partes enfrentadas**, pues del mero examen de los arts.23 a 28 del RCEDS resulta precisamente lo contrario. En fin, el hecho de que no se hayan de agotar las vías internas, no priva a las decisiones del CEDS de carácter jurisdiccional, desde el momento en que ello no es un requisito de jurisdiccionalidad a nivel internacional, sino de acceso a determinadas jurisdicciones internacionales, cuando así lo aceptan los firmantes del tratado o convenio de que se trate.

²⁴ Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Italia, denuncia n ° 58/2009, decisión sobre el fondo del 25 de junio de 2010, § 76.

²⁵ 109 Centro de Derechos a la Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Francia, denuncia n ° 63/2010, decisión sobre el fondo del 28 de junio de 2011, § 54.

²⁶ Centro de Derechos a la Vivienda y Desalojos (COHRE) c. Francia, reclamación n ° 63/2010, decisión sobre el fondo de 28 de junio de 2011.

²⁷ JIMENA QUESADA, L. "La efectividad de las resoluciones del comité europeo de derechos sociales" En: Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional / coord. por Carlos Fernández de Casadevante, 2020, ISBN 978-84-1324-518-8, págs. 125-167

En definitiva, **si bien puede albergarse alguna duda de la naturaleza jurisdiccional en el caso de las conclusiones** alcanzadas en los procedimientos de informes, **las decisiones en los procedimientos de reclamaciones colectivas gozan de las notas características y propias de una resolución jurisdiccional**, como lo demuestran las resoluciones recaídas en los procesos de supervisión dictadas por el Comité de Ministros en la ejecución sobre algunas decisiones de fondo: Resolución (Res/CM/CHS(2010)7 de 20 de septiembre de 2019, en la que se constan los progresos del Gobierno Búlgaro para ejecutar una decisión de fondo relativa a personas con discapacidad mental (Reclamación nº 41/2007)²⁸.

Para terminar, dejando de lado el debate sobre la naturaleza jurisdiccional o no de las resoluciones del CEDS, **lo verdaderamente relevante es su efectividad**.

A nivel nacional, la efectividad de las resoluciones del CEDS se articula por dos vías:

1) El art.10.2 CE y el art.53.3 CE

2) El control de convencionalidad.

Sobre el control de convencionalidad ya hemos hablado en otra parte de esta obra, a la que nos remitimos.

Nos centraremos ahora en la efectividad de las resoluciones del CEDS por la vía del art.10.2 CE y el art.53.3 CE.

El art.10.2 dispone que "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de DDHH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*"

Dicho precepto se aplica a todo el Capítulo II de la CE (arts.14 y 15 a 38), por lo que los derechos garantizados por la CSE y reconocidos en dichos preceptos como DDFF deberán interpretarse conforme a la CSE y, por supuesto, atendiendo a las resoluciones de su máximo intérprete, el CEDS.

En este sentido, el propio **TC no ha dudado de acudir a la Carta Social Europea como parámetro interpretativo de algunos derechos fundamentales**, tanto del art.14 como del art.35 CE. Así, en su STC 145/1991, de 1 de julio , al afirmar que la Carta social europea es parámetro interpretativo del art.14 y 35.1 ET junto con el art.7.a, i) el PIDESC, el art.2.1 Convenio 100 OIT , en función de interpretar el derecho a la igualdad salarial por razón de sexo que no ha de referirse al mismo trabajo sino a trabajos del mismo valor (vid. art.35 CE), o la dignidad del trabajador frente al acoso laboral (STC 56/2019, de 6 de mayo)

²⁸ JIMENA QUESADA, L. "La efectividad de las resoluciones del comité europeo de derechos sociales" En: Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional / coord. por Carlos Fernández de Casadevante, 2020, ISBN 978-84-1324-518-8, págs. 135-137.

En cuanto a los **principios rectores de la política social y económica** reconocidos a la vez en el Cap III Título I de la CE y en la Carta Social Europea; ej. salud, seguridad social, etc., hay que recordar que el art.53.3 CE dispone que " 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

En este sentido, el **TC ha acudido a la Carta social europea para definir el alcance de determinados principios rectores de la política económica y social** (Cap III del Título II CE) , como la asistencia social -art.41 CE- (STC 36/2012, de 15 de marzo, FJ 4º) o el derecho a la protección de la salud de las personas extranjeras -arts.13 y 43 CE- (STC 139/2016 de 21 de julio, FJ 10º). Por ello, cuando se habla de que el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica debe informar la práctica judicial y pueden alegarse frente a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan "las leyes" que los desarrollen, **debe entenderse el término "ley" en sentido amplio, abarcando las normas de rango superior, como los Tratados Internacionales, en general, y la Carta Social Europea**, en particular, y ello, en buena lógica, tomando en consideración la doctrina emanada del intérprete máximo de la CSE, el Comité Europeo de Derechos Sociales.

Por tanto, **la CSE y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales**, que es su máximo intérprete **proyectan su efectividad en la interpretación y aplicación de las normas internas relativas a derechos fundamentales y principios rectores de la política económica y social.**

II.5.- La CSE en el recurso de casación para la unificación de doctrina

A pesar de la aplicabilidad directa de la CSE y del valor jurisprudencial de las resoluciones de su máximo intérprete, el CEDS, lo cierto y verdad es que el panorama de la aplicación práctica a nivel del recurso de casación para la unificación de doctrina es aún bastante desolador, como acto seguido tendremos ocasión de comprobar.

Para analizar cuál es la postura del TS en materia del recurso de casación para la unificación de doctrina, en orden a admitir como resolución objeto de contradicción las conclusiones o los informes del CEDS, debemos partir del art.219 LRJS.

El ART.219. Finalidad del recurso. Legitimación del Ministerio Fiscal.

1. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos.

2. Podrá alegarse como doctrina de contradicción la establecida en las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional y **los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España**, siempre que se cumplan los presupuestos del número anterior referidos a la pretensión de tutela de tales derechos y libertades. La sentencia que

resuelva el recurso se limitará, en dicho punto de contradicción, a conceder o denegar la tutela del derecho o libertad invocados, en función de la aplicabilidad de dicha doctrina al supuesto planteado.

Con iguales requisitos y alcance sobre su aplicabilidad, podrá invocarse la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en interpretación del derecho comunitario.

Como puede observarse, la doctrina de contradicción puede figurar en sentencias dictadas por **"los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos Internacionales, en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España"**

Conforme a lo que venimos exponiendo, hay que partir de que en toda interpretación de una norma que regule derechos humanos (sea de índole sustantiva o procesal), se impone una interpretación abierta y coherente con el *favor libertatis*²⁹, principio básico en la interpretación de los derechos humanos, ya que nuestra Constitución ha introducido un **principio de interpretación del ordenamiento jurídico en el sentido más favorable al ejercicio y disfrute de los DDFF** que ha de ser tenido en cuenta por todos los poderes públicos y, muy especialmente, por los órganos jurisdiccionales en su función de aplicación de las Leyes³⁰. No parece muy acorde con este principio privar de la condición de "doctrina" invocable en el RCU la emanada del que es, precisamente, el máximo intérprete de la CSE, el CEDS. Menos aún cuando, como ha quedado expuesto, rige entre nosotros el **"control difuso de convencionalidad"**.

En efecto, conforme al *favor libertatis*, asumido por nuestro TC, *"la Constitución y las leyes han de ser interpretadas de la forma más favorable a la efectividad de los derechos y a la optimización de su contenido y, al contrario, las restricciones de los derechos han de ser interpretadas de forma restrictiva"*³¹.

Pues bien, en el **Auto del TS de 4 de noviembre de 2015, RCU 926/2015, muestra, precisamente, un criterio interpretativo contrario al "favor libertatis"**, extremadamente restrictivo en la interpretación del art.219 LRJS, cuyo tenor literal admitiría, sin problema alguno, las resoluciones del CEDS como " sentencias dictadas por (...) los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España...".³²

En efecto, conforme a dicho ATS, **la doctrina del CEDS no es doctrina apta para ser alegada en contradicción, conforme al art.219 LRJS**

FJ 3º (...) " *En relación con el último motivo de casación unificadora, la parte recurrente invoca de contraste lo que identifica como "Decisión sobre el Fondo, de fecha 23/05/2012 (Reclamación núm. 65/2011), dictada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en su calidad de órgano jurisdiccional de interpretación instituido por la Carta Social Europea de 18/10/1961"*, que no es

²⁹ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. "Teoría General de los Derechos Fundamentales en el Contrato de Trabajo". Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2018.

³⁰ STC 76/1987 de 25 mayo, F.2.

³¹ STC 34/1983, de 6 de marzo; STC 28/1984, de 7 de julio; STC 115/1987, de 7 de julio; STC 119/1990, de 21 de junio; STC 112/1989, de 25 de mayo y STC 76/1987, de 25 de mayo .

³² Dicho criterio ha sido reiterado en diversos AATS. : AATS DE 7 de febrero de 2017 (rec. 1942/2016), 21 de diciembre de 2017 (rec. 1119/2017), 7 de mayo de 2019 (rec. 3085/2018) y AATS dictados en los recursos recs. 765/2018, 101/2017, 759/2017, 1559/2017, 575/2017, 1887/2016, 1883/2016, 1983/2016.

una de las resoluciones a las que refiere el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , por lo que no se trata de una resolución idónea a los efectos de examinar la contradicción, ya que la contradicción, que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 219 apartados 1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos otras resoluciones no expresamente mencionadas."

Sin embargo, se da la paradoja de que la Carta Social europea se analiza por el TS como norma infringida en sede de recurso de casación ordinario y se ha examinado en no menos de 62 resoluciones por la Sala IV³³, de las que 47 son sentencias³⁴. **Es decir, la CSE se admite como norma infringida en Casación, pero no se admite que la doctrina de su máximo intérprete, el CEDS, se considere jurisprudencia a efectos del art.219 LRJS.**

Esta anomalía, en mi opinión, habrá de reconducirse a medio plazo, por razones prácticas y de seguridad jurídica.

En efecto, si partimos de que entre nosotros rige el **control de convencionalidad difuso, la divergencia de criterio de las Salas de lo Social de los TSJ y de la AN en la aplicación de la CSE habría de conducir a una unificación doctrinal.** Para ello, el TS habrá de acudir al art.10.2 CE cuando los derechos de la Carta sean derechos fundamentales y, por tanto, a los criterios del máximo intérprete de la CSE, el CEDS y al art.53.3 CE que impone el reconocimiento, respeto y protección de dichos principios conforme al Tratado que los desarrolla, que contiene un órgano exclusivo de interpretación

En este sentido, cabe recordar el CEDS y su doctrina puede entrar, y de hecho ha entrado, en dialéctica con el propio TJUE, cuando el derecho eurounitario merme el estándar mínimo fijado por la CSE. En efecto, el CEDS sostiene que:

"En última instancia, corresponde al Comité evaluar si la situación nacional se ajusta a la Carta, incluso en caso de transposición de una directiva de la Unión Europea a la legislación nacional."

No es muy coherente que sea admisible un motivo de casación que invoque la infracción de jurisprudencia del TC, TJUE o TEDH, aunque no respondan a ese concepto estricto de jurisprudencia del art.1.6 CC, mientras que no se admita una resolución del CEDS. Las distorsiones que esta incoherencia puede comportar en el plano de la seguridad jurídica no son en absoluto despreciables.

³³ Algunos ejemplos: STS de 20 de febrero de 1992 (rec. 1006/1991), STS de 26 de septiembre de 2006 (rec. 165/2005), STS de 17 de diciembre de 2013 (rec. 107/2012), STS de 4 de noviembre de 2015 (rec. 32/2015), STS de 28 de septiembre de 1992 (rec. 1970/1991), STS de 11 de mayo de 1998 (rec. 3962/1997), STS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002), STS de 2 de julio de 2015 (rec. 1699/2014) o en la STS de 8 de mayo de 2019 (rec. 42/2018), o la STS de 2 de febrero de 2021 (rec. 43/2019).

³⁴ SAN CRISTÓBAL VILLANUEVA, J.M. " La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral". Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 460 (julio 2021), pp. 188-190

³⁵ Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia n ° 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2010, §§ 31-38

Desde otro punto de vista, la interpretación del CEDS puede acceder a la Casación, como infracción de norma sustantiva cuando en la interpretación de un precepto de la CSE, las Salas de lo Social de los TSJ que dicten resoluciones que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo (art.219.1 LRJS). Si los TSJ invocan la doctrina del CEDS para sustentar sus criterios interpretativos de la CSE, el criterio del CEDS accederá a través de la resolución del TSJ a la unificación doctrinal.

Con todo, en mi opinión, lo más recomendable **sería normalizar la unificación doctrinal conforme a la interpretación que de los preceptos de la CSE, haga su máximo intérprete, el CEDS**, aceptándose como doctrina invocable en unificación doctrinal las conclusiones recaídas en procedimiento de informe y las decisiones, recaídas en los procedimientos de reclamaciones colectivas.

II.6.- La interpretación de la Carta Social Europea.

II.6.1.- La interpretación de los Tratados y Convenios internacionales. Cuestiones generales³⁶

Las **normas generales** sobre interpretación de los tratados y convenios vienen recogidas en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (CV69)³⁷, y se contemplan en sus arts.31, que contiene una regla general; el art.32, que contiene unos medios complementarios; y el art 33, relativo a la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. Dichas normas han sido aplicadas por el TEDH para la interpretación del CEDH³⁸, y su virtualidad general en la hermenéutica de los tratados y convenios de DDHH es innegable.

Además de las normas generales de interpretación, el mapa normativo hermenéutico precisa ser completado con las **normas especiales**, que casi indefectiblemente contienen los Tratados en materia de DDHH. Valgan como muestra los siguientes ejemplos, pues el pormenorizado estudio de las normas especiales de los múltiples tratados de DDHH excede en mucho del propósito del presente trabajo:

- DUDDHH: art.30³⁹
- PIDCP: art.46⁴⁰ y art. 47⁴¹
- CDFUE: art. 53⁴²

³⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C.H. "La interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales" Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. Primera Edición 2016.

³⁷ U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331,

³⁸ STEDH 14 marzo 2013. Caso Oleynikov contra Rusia.

³⁹ Art.30 Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.

⁴⁰ art. 46 PIDCP Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismo especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a la materias a que se refiere el presente pacto

⁴¹ Art. 47 Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

⁴² Artículo 53 CDFUE Nivel de protección

- CSE: Artículo H⁴³

II.6.3.- La interpretación de los Tratados y Convenios en España

La interpretación de los Tratados por los órganos competentes en España se rige por el **art.35 de la Ley 29/14 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales**.

Se establecen como reglas en su orden jerárquico:

- las generales de Derecho Internacional
- las generales de los arts.31-33 CV 69
- las especiales de cada Tratado o de la Organización internacional, cuando se trate de tratados constitutivos de dichas organizaciones

En el apartado tercero del art.35 LTI, se establece un criterio especial de interpretación cuando España haya formulado alguna declaración.

Por otro lado, (art.35.4 LT), las disposiciones internas dictadas en ejecución de tratados internacionales en los que España sea parte se interpretarán de conformidad con el tratado que desarrollan, lo que obliga a prescindir al intérprete nacional de los cánones hermenéuticos comunes (art.3CC) y emplear los previstos en el art.35 de la LTI. Esta previsión, en materia de DDHH es innecesaria y superflua, puesto que el art.10.2 de la CE ya remite en esta materia a la DUDDHH y a los Tratados y acuerdos que sobre esa materia haya ratificado España.

El último de los apartados del art.35 dispone que las dudas y discrepancias sobre la interpretación y el cumplimiento de un tratado internacional del que España sea parte se someterán al dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, por el Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación en coordinación con el ministerio competente por razón de la materia. Esta norma no afecta a jueces y magistrados, sino sólo a los órganos administrativos que hayan de aplicar el Tratado. **Los jueces y magistrados, sometidos únicamente al imperio de la Ley (art.117.1 CE), deben interpretar y aplicar el Tratado conforme a los cánones apuntados debiendo, incluso, conforme al art. 31 LTI, en ejercicio del control de convencionalidad, inaplicar la ley interna contraria al tratado**⁴⁴

II.6.4.- Las normas especiales de interpretación de la Carta Social Europea

En España la interpretación de la CSE es la que corresponde a todo Tratado o Convenio Internacional de Derechos Humanos. En este sentido, **no se le aplica el art.3 CC**, puesto que su interpretación se rige criterios hermenéuticos

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

⁴³ Artículo H- Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales. Las disposiciones de la presente Carta no afectará a las disposiciones de derecho interno ni a los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas.

⁴⁴ Art. 31 LTI Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.

distintos, los contemplados en el **art.35 de la Ley 29/14 de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales**

Las reglas generales de Derecho Internacional

- las generales de los arts.31-33 CV 69

- las especiales de cada Tratado o de la Organización internacional, cuando se trate de tratados constitutivos de dichas organizaciones

De entre las normas especiales que el art.35 LTI cita como criterio interpretativo de los Tratados y Convenios Internacionales, conviene destacar **las normas especiales de interpretación de la Carta.**

En el próximo epígrafe desarrollaremos los principios básicos de interpretación de la CSE, en el sentido que lo ha hecho el CEDS. Sin perjuicio de ello conviene ahora destacar como **reglas especiales de interpretación las siguientes:**

a) Artículo E. No discriminación

Lo veremos específicamente en el Capítulo III.

b) Artículo G Restricciones

1 Los derechos y principios establecidos en la Parte I, cuando se implementen efectivamente, y el ejercicio efectivo de estos derechos y principios, según lo dispuesto en la Parte II, no pueden estar sujetos a restricciones o limitaciones no especificadas en las Partes I y II. , excepto los prescritos por la ley y que sean necesarios en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los demás o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral

2 Las restricciones impuestas en virtud de esta Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella sólo podrán aplicarse para el propósito para el que fueron previstas.

La Sección G establece las condiciones bajo las cuales se pueden imponer restricciones al disfrute de los derechos de la Carta. Esta disposición corresponde al segundo párrafo de cada uno de los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No puede dar lugar a una violación como tal⁴⁵, pero, no obstante, esta disposición puede tenerse en cuenta al examinar el fondo de la denuncia en virtud de un artículo sustantivo de la Carta⁴⁶,

La Sección G se aplica a todas las disposiciones de las secciones 1 a 31 de la Carta.

Cualquier restricción a un derecho solo puede estar en conformidad con la Carta si cumple las condiciones establecidas en el Artículo G.

⁴⁵ Sindicato de Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §31

⁴⁶ Sindicato de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §33

Dado que una restricción de estos derechos puede tener graves consecuencias, especialmente para los miembros más vulnerables de la sociedad, el artículo G establece condiciones específicas para la aplicación de estas restricciones. Además, las restricciones permitidas constituyen excepciones que solo pueden imponerse en circunstancias extremas: por lo tanto, deben interpretarse de manera restrictiva⁴⁷.

Por tanto, cualquier restricción debe

(i) estar prescrito por la ley,

" Esto significa la ley en el sentido estricto del término o cualquier otro texto vinculante o jurisprudencia siempre que el texto sea suficientemente claro, es decir, que cumpla las condiciones de precisión y previsibilidad que implica la noción "prescrita por la Ley".

(ii) perseguir un objetivo legítimo, es decir proteger los derechos y libertades de los demás, el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral.

En una sociedad democrática, en principio le corresponde a la legislatura legitimar y definir el orden público (interés público) al mismo tiempo que equilibra las necesidades de todos los miembros de la sociedad. Desde el punto de vista de la Carta, goza de un margen de apreciación para hacerlo. Sin embargo, el legislador no está libre de toda limitación en sus decisiones: las obligaciones contraídas en virtud de la Carta no pueden abandonarse sin garantizar un nivel de protección suficiente para satisfacer las necesidades sociales básicas. La legislación nacional debe equilibrar las preocupaciones sobre los fondos públicos con el imperativo de proteger suficientemente los derechos sociales⁴⁸.

Los Estados no pueden eludir sus obligaciones entregando la facultad de definir qué es el orden público (interés público) a instituciones de terceros⁴⁹.

(iii) ser necesaria en una sociedad democrática para lograr esos objetivos; en otras palabras, la restricción debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido: debe existir un vínculo de proporcionalidad razonable entre una restricción del derecho y el objetivo o objetivos legítimo (s) en cuestión.^{50 51}

Al incorporar medidas restrictivas a la legislación nacional, los textos legales deben garantizar la proporcionalidad entre los fines perseguidos y sus consecuencias negativas en el ejercicio de los derechos sociales. En consecuencia, incluso en circunstancias especiales: las medidas restrictivas implantadas deben adecuarse al objetivo perseguido, no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, deben aplicarse únicamente en la finalidad para la que fueron concebidas y deben mantener un nivel de protección suficiente⁵².

⁴⁷ Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 83

⁴⁸ Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 85.

⁴⁹ Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 87.

⁵⁰ Conclusiones XIII-1, Países Bajos, artículo 6§4.

⁵¹ Confederación Europea de Policía (EuroCOP) c. Irlanda, Demanda No. 83/2012, Decisión sobre el fondo de 2 de diciembre de 2013, §§ 207-214

⁵² Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 87

Además, las autoridades deben realizar un análisis exhaustivo y objetivo sobre los posibles efectos de las medidas legislativas, en particular su posible impacto en los trabajadores más vulnerables, así como una consulta real a los más afectados por estas medidas⁵³.

c) Artículo H. Relaciones entre la Carta y el derecho interno o los acuerdos internacionales

Las disposiciones de esta Carta no afectan las disposiciones del derecho interno y de los tratados, convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén o vayan a entrar en vigor y que sean más favorables para las personas protegidas.

La Carta debe interpretarse, en la medida de lo posible, en armonía con las demás normas de derecho internacional de las que forma parte^{54 55}.

Según el Artículo H de la Carta, las disposiciones de la Carta se entienden sin perjuicio de las disposiciones del derecho interno y de los tratados multilaterales que sean más favorables para las personas protegidas⁵⁶.

Por otra parte, cuando los Estados miembros de la Unión Europea deciden sobre medidas vinculantes que se aplican a sí mismos mediante una directiva que influye en la forma en que implementan los derechos recogidos en la Carta, les corresponde a ellos, tanto a la hora de elaborar redactar dicho texto, como al incorporarlo a su legislación nacional, tener en cuenta los compromisos adquiridos al ratificar la Carta Social Europea. En última instancia, corresponde al Comité evaluar si la situación nacional se ajusta a la Carta, incluso en caso de transposición de una directiva de la Unión Europea a la legislación nacional^{57 58}.

II.7.- El papel de los tribunales nacionales en la interpretación de los Derechos Humanos. El principio de norma más favorable o "Máximo mínimo".

En el presente epígrafe abordaremos brevemente una cuestión fundamental : ***¿Cuál es el papel del juez/a nacional ante los distintos estándares de protección de un mismo derecho humano ?***

Todos los convenios y pactos sobre Derechos Humanos, contienen la **cláusula interpretativa de "norma más favorable"**. Veamos:

A NIVEL UNIVERSAL:

- **Art. 5.2 PIDCP 2.** No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado

⁵³ Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Demanda No. 111/2014, Decisión sobre el fondo de 23 de marzo de 2017, § 90

⁵⁴ DCI v. Países Bajos, op.cit. , §35

⁵⁵ FIDH c. Francia, denuncia n ° 14/2003, decisión sobre el fondo del 8 de septiembre de 2004, § 26.

⁵⁶ CCC c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo del 1 de julio de 2014, §§69-69.

⁵⁷ Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia n ° 55/2009, decisión sobre el fondo de 23 de junio de 2006, §33.

⁵⁸ Sindicato de Defensa de los Funcionarios Civiles c. Francia, denuncia n ° 73/2011, decisión sobre el fondo del 12 de septiembre de 2012, §29

- **Art. 5.2 PIDESC** "No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

A NIVEL EUROUNITARIO

- **Art.53 CDFUE**, **"Nivel de protección.** *Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".*

A NIVEL ESPECIALIZADO: OIT

- **Art.19. 8 Constitución de la OIT:** *"En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los/las trabajadoras y trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación "*

A NIVEL DEL CONSEJO DE EUROPA

- **Art 53.CEDH** *"Protección de los derechos humanos reconocidos. Ninguna de las disposiciones del presente convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte."*

- **Art. H CSE** *"Las disposiciones de esta Carta no afectan las disposiciones del derecho interno y de los tratados, convenciones o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén o vayan a entrar en vigor y que sean más favorables para las personas protegidas."*

A NIVEL INTERNO

Art.3.3 ET *"Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables."*

A la vista de las normas que acabamos de exponer, debemos concluir que en la protección multinivel de los derechos reconocidos por la CSE, cobra **rige el**

principio de norma más favorable en las relaciones entre Derecho Internacional y Derecho interno.

En tal sentido, e incluso en el ámbito nacional, hay que tener en cuenta el art.3.3 ET, que define el **principio de norma más favorable** presenta un **fértil campo de aplicación en materia de DDHH y DFFF**, tanto en el contexto del Derecho internacional de DDHH (ej. art.5.2 PIDCP); como en el derecho de la UE (art.53 CDFUE), donde las directivas juegan como disposiciones mínimas (art.153.2b) TFUE); así como en el contexto del Consejo de Europa (art.53 CEDH); o en fin, en la propia Constitución de la OIT (art.19.8 de su Constitución).

Así mismo, en el ámbito de la UE, amén del ya citado art.53 CDFUE, es habitual que en las Directivas que regulan las relaciones laborales se contengan cláusulas que las convierten en un mínimo mejorable, nunca empeorable, por la normativa de los Estados. Así, por ejemplo, el art.5 de la Directiva 98/59 sobre despidos colectivos; el art.8 de la Directiva 2001/23, sobre traspasos de empresas o el art.8 de la Directiva 2000/78 sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

De esta forma, el **principio de norma más favorable**, que no deja de ser un principio clásico de aplicación del Derecho del Trabajo que ha sufrido un progresivo desvanecimiento y desuso en la práctica forense respecto de las normas de rango legal y convencional⁵⁹, cobra renovado vigor en el campo de la resolución de **conflictos entre normas estatales e internacionales** (Constitución- Tratado; Tratado-Ley, Directiva-ley) **que reconozcan DDHH y DFFF, como cauce para asegurar que en caso de conflicto entre ellas se aplique la de contenido más favorable al titular del derecho.**

En conclusión, el papel del juez/a nacional ante los distintos estándares de protección de un mismo derecho humano, es el de **garantizar la aplicación de la norma más favorable de entre todas las concurrentes**. Para ello habrá de acudir a la comparación de los preceptos que garantizan el derecho en cuestión en los distintos instrumentos internacionales y normas nacionales; y seleccionar, de entre todos los aplicables al caso, el que contenga un estándar más favorable al titular del derecho en cuestión.

Si las normas concurrentes garantizan todas ellas mínimos, el papel del juez/nacional es aplicar al caso el máximo mínimo de entre los concurrentes.

⁵⁹ MERCADER UGUINA, J.R. "Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo. Formación decadencia y crisis". Ed. Tirant Lo Blanch. Monografías. nº 968. pp.76-78.

III.- LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO BÁSICO DE INTERPRETACIÓN DE LA CSE. ARTÍCULO E

III.1.- Principio de no discriminación: artículo E de la Carta

El disfrute de los derechos establecidos en esta Carta se garantizará sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, ascendencia nacional u origen social, salud, asociación con una minoría nacional, nacimiento u otro estado.

III.2.- Antecedentes del art. E

El Comité considera que la función del artículo E es similar a la del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, "el Convenio")⁶⁰.

III.3.- Definición de discriminación

El Comité se remite a la sentencia de la Corte en **Thlimmenos vs. Grecia de 2000** en el que afirma que existe discriminación en el sentido del artículo 14 de la Convención cuando los Estados Partes no aplican un trato diferente a las personas en situaciones diferentes^{61 62}.

Retomando esta jurisprudencia, el Comité considera, en la primera decisión antes mencionada, que el artículo E de la Carta Revisada **prohíbe no solo la discriminación directa**, sino también todas las formas de **discriminación constituidas por el trato inadecuado de** determinadas situaciones o la desigualdad en el tratamiento de dichas situaciones en el acceso de las personas afectadas y de otros ciudadanos a **diversas prestaciones sociales**.

En la segunda decisión, aclara que la **falta de medidas adecuadas** para tener en cuenta las diferencias existentes **puede constituir discriminación**.

⁶⁰ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁶¹ Asociación Internacional Autismo Europa v. Francia, denuncia n ° 13/2002, decisión sobre el fondo de 4 de noviembre de 2003, §52

⁶² Centro de Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, denuncia núm. 41/2007, decisión sobre el fondo del 3 de junio de 2008, §§ 50-51

El Comité, refiriéndose a la sentencia de la Corte en Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 1984, considera que el concepto de discriminación incluye los casos en que un individuo o grupo se ve a sí mismo, sin una justificación adecuada, peor tratado que otro⁶³.

III.4.- Definición de "distinción discriminatoria"

El Comité, refiriéndose al caso de la Corte relativo al régimen lingüístico en Bélgica de 1968 y sus sentencias **Marckx de 1978 y Rasmussen de 1984**, considera que una distinción es discriminatoria **si carece de una justificación objetiva y razonable**, es decir, **si no persigue un objetivo legítimo** o si no hay conexión de **proporcionalidad** razonable entre los medios empleados y el fin perseguido. Agrega que, si bien los Estados Partes disfrutaban de un cierto margen de apreciación para determinar si las diferencias entre situaciones en otros aspectos similares y en qué medida justifican distinciones en el tratamiento legal, es para él lo que en última instancia se reduce a decidir si la distinción cae dentro del margen de apreciación.^{64 65}

III.5.- Finalidad del Artículo E

El artículo E no solo prohíbe la **discriminación directa**, sino también **todas las formas de discriminación indirecta**⁶⁶. Tal discriminación indirecta puede surgir al no tener debidamente en cuenta todas las diferencias relevantes o al no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y las ventajas colectivas están abiertos a todos son genuinamente accesibles por y para todos⁶⁷. La inserción del Artículo E en un Artículo separado en la Carta Revisada indica la mayor importancia que los redactores le dieron al principio de no discriminación con respecto al logro de los derechos fundamentales contenidos⁶⁸. Su función es contribuir a **garantizar el goce efectivo e igualitario de todos los derechos en cuestión**, independientemente de las características específicas de ciertas personas o grupos de personas⁶⁹.

El Artículo E no constituye un derecho autónomo que por sí mismo podría constituir un motivo independiente para una denuncia⁷⁰. **No tiene existencia independiente** y debe **combinarse con una disposición sustantiva de la**

⁶³ Confederación Democrática del Trabajo Francesa (CFDT) c. Francia, denuncia n ° 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2009, §§ 39 y 41

⁶⁴ Confederación Democrática del Trabajo Francesa (CFDT) c. Francia, denuncia n ° 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2009, §§ 37-39 y 41y 25

⁶⁵ Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Francia, denuncia n ° 51/2008, decisión sobre el fondo del 19 de octubre de 2009, §82

§§19, 21

⁶⁶ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁶⁷ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Queja No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁶⁸ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §51

⁶⁹ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §51

⁷⁰ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Queja No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §51

Carta⁷¹. Sin embargo, una situación que en sí misma está en conformidad con la disposición sustantiva en cuestión puede infringir esta disposición cuando se interprete junto con el artículo E, si esa situación es de naturaleza discriminatoria⁷².

III.6.- Motivos prohibidos de discriminación más allá de los expresamente enumerados en el artículo E

La expresión “**u otro estado**” significa que **no se trata de una lista exhaustiva**.

Aunque **la discapacidad**⁷³ no figura explícitamente como un motivo prohibido de discriminación en virtud del artículo E, el Comité considera que está cubierta por la referencia a “otra condición⁷⁴”.

El Comité adoptó el mismo enfoque con respecto a los **motivos de discriminación estrechamente vinculados entre sí** y que constituyen una **discriminación "superpuesta", "interseccional" o "múltiple"**, como situaciones en las que el efecto combinado **del género, el estado de salud, el nivel socioeconómico y la ubicación territorial** de las mujeres les impide **tener un acceso efectivo a los servicios de aborto**⁷⁵.

- Sobre la **discriminación indirecta en el acceso a la atención de maternidad** por motivos de género, etnia, ubicación geográfica y otras barreras, ver European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria, denuncia No. 151/2017, decisión sobre el fondo de 5 de diciembre de 2018, §§ 85-86;

- Sobre la **discriminación indirecta en el acceso a las asignaciones familiares por motivos de edad y etnia**, ver Equal Rights Trust c. Bulgaria, Denuncia No. 121/2016, decisión sobre el fondo del 16 de octubre de 2018, §95.

En asuntos relacionados con la **discriminación en el empleo**, **no es necesario combinar el Artículo 1§2 con el Artículo E**, ya que el **Artículo 1§2 por sí solo prohíbe tal discriminación**⁷⁶.

La no discriminación **cae dentro del ámbito de algunas disposiciones de la Carta** (por ejemplo, cuestiones de igualdad de remuneración en virtud del artículo 4§3); en tales casos, **el Comité considera que no es necesario examinar si ha habido una violación separada del artículo E**⁷⁷.

⁷¹ Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, Recurso No. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio 2005 §34

⁷² Syndicat des Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, Recurso No. 26/2004, decisión sobre el fondo de 15 de junio 2005 §34

⁷³ Sobre la discriminación por motivos de discapacidad y condición socioeconómica, véase Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) e Inclusión Europa v. Bélgica, denuncia núm. 141/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, §196

⁷⁴ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §51

⁷⁵ Federación Internacional de Planificación de la Familia – Red Europea (IPPF EN) c. Italia, Demanda No. 87/2012, decisión sobre el fondo de 10 de septiembre de 2013, §§ 190-194

⁷⁶ Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, Demanda No. 74/2011, decisión sobre el fondo del 2 de julio de 2013, §§ 116-117

⁷⁷ University Women of Europe (UWE) c. Bélgica, Queja No. 124/2016, decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 2019, §109

III.7.- Alcance del Artículo E

El principio de igualdad que subyace en el artículo E significa **tratar a los iguales por igual y a los desiguales de manera desigual**⁷⁸. No solo las personas que se encuentran en la misma situación deben recibir el mismo trato y las personas cuyas situaciones tratadas de manera diferente, sino que todas las respuestas deben mostrar suficiente eficacia para asegurar la igualdad real y efectiva⁷⁹. Los Estados Partes **no respetan la Carta cuando, sin una justificación objetiva y razonable, no tratan de manera diferente** a personas cuyas **situaciones son significativamente diferentes**⁸⁰. , la diferencia humana en una sociedad democrática no sólo debe ser valorada positivamente sino que debe ser respondida con medidas que aseguren la igualdad real y efectiva⁸¹.

III.8.- Comparabilidad, justificación, proporcionalidad

Los **Estados Partes disfrutan de un cierto margen de apreciación** al evaluar si, y en qué medida, las diferencias en situaciones similares justifican un tratamiento diferente en la ley, pero en última instancia, **corresponde al Comité decidir si la distinción se encuentra dentro de este margen de apreciación**⁸².

En el caso de discriminación bajo el Artículo E, **la carga de la prueba** no debe recaer completamente en la parte solicitante y debe ser objeto de un ajuste apropiado⁸³.

III.9.- Covid-19 y el artículo E

Al diseñar e implementar nuevas medidas adicionales para garantizar una respuesta compatible con la Carta a los desafíos presentados por Covid-19, los Estados Partes deben tener debidamente en cuenta a todos los titulares de derechos sociales, prestando **especial atención y la prioridad adecuada a los grupos socialmente más vulnerables**⁸⁴. Los Estados Partes deben garantizar que las medidas adoptadas en respuesta a la crisis, incluidas las medidas de política económica y social, no den lugar a discriminación en términos del disfrute de los derechos sociales, ya sea directa o indirecta (según lo dispuesto en el Artículo E de la Carta)⁸⁵.

⁷⁸ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁷⁹ Equal Rights Trust c. Bulgaria, Queja No. 121/2016, decisión sobre el fondo del 16 de octubre de 2018, §80

⁸⁰ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Demanda No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁸¹ Association internationale Autisme-Europe (AIAE) c. Francia, Queja No. 13/2000, decisión sobre el fondo del 4 de noviembre de 2003, §52

⁸² Confédération française démocratique du travail (CFDT) c. Francia, Denuncia No 50/2008, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre 2009, §39

⁸³ Centro de Defensa de la Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, Queja No. 41/2007, decisión sobre el fondo del 3 de junio de 2008, §52

⁸⁴ Declaración sobre el Covid-19 y los derechos sociales adoptada el 24 de marzo de 2021

⁸⁵ Declaración sobre el Covid-19 y los derechos sociales adoptada el 24 de marzo de 2021

• **Interpretación del concepto de "discriminación racial"**

El Comité aplica a la Carta Revisada la interpretación de la discriminación racial establecida por la Corte en su sentencia **Timichev v. Rusia de 2005**, a saber, que la discriminación basada en el origen étnico real o percibido constituye una forma de discriminación racial y que ninguna diferencia de trato basada exclusiva o decisivamente en el origen étnico de una persona puede considerarse objetivamente justificada en una sociedad democrática contemporánea⁸⁶.

• **Obligación positiva de los Estados Partes de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud a través de la educación sexual y reproductiva no discriminatoria.**

Adopción de la sentencia del Tribunal de **Folgerø y otros c. Noruega 2007**, el Comité afirma que los Estados Partes tienen la obligación positiva de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud mediante una **educación sexual y reproductiva no discriminatoria** que no perpetúe ni refuerce la exclusión social y la negación de la dignidad humana⁸⁷.

Esta obligación tiene dos dimensiones: los niños no deben ser víctimas de discriminación en el acceso a dicha educación y no debe utilizarse como un medio para reforzar estereotipos, para perpetuar formas de desprecio que contribuyan a la 'exclusión social de los grupos tradicionalmente marginados u otras formas'. de prejuicios sociales que tienen el efecto de negar su dignidad humana.

IV.- IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN DERECHOS CONCRETOS.

IV.1.- Art.1 CSE Derecho al trabajo. Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo.

Art.1 Toda persona tendrá la oportunidad de ganarse la vida en un trabajo libremente elegido.

1§1 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen a aceptar como uno de sus principales objetivos y responsabilidades el logro y mantenimiento de un nivel de empleo tan alto y estable como sea posible, con miras a la consecución del pleno empleo.

1§2 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen a proteger eficazmente el derecho del trabajador a ganarse la vida en una ocupación a la que libremente haya accedido.

⁸⁶ Centro de Derechos y Expulsiones de Vivienda (COHRE) v. Italia, denuncia n ° 58/2009, decisión sobre el fondo del 25 de junio de 2010, §§ 37-40; 106; 117; 120-121; 129; 131; 138; 155-156

⁸⁷ Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Croacia, denuncia No. 45/2007, decisión sobre el fondo de 30 de marzo de 2009, §§50 y 61

Anexo: Esta disposición no se interpretará en el sentido de prohibir o autorizar cualquier cláusula o práctica de seguridad sindical⁸⁸.

El artículo 1§2 abarca **tres cuestiones diferentes:**

1. **La erradicación de todas las formas de discriminación en el empleo.** (La mayoría de los requisitos para el cumplimiento del artículo 1§2 en lo que respecta a la prohibición de discriminación por motivos de sexo se aplican a cualquier motivo de discriminación)⁸⁹.
2. **La prohibición del trabajo forzoso⁹⁰.**
3. La prohibición de **cualquier práctica que pueda interferir en el derecho de los trabajadores a ganarse la vida en una profesión** a la que libremente hayan accedido⁹¹.

El **artículo 1§2** está intrínsecamente **vinculado a otras disposiciones de la Carta**, en particular el **artículo 20** (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por motivos de sexo)⁹², el **artículo 8§2** (derecho de mujeres empleadas a la protección de la maternidad), **artículo 15§2** (derecho de las personas con discapacidad al empleo)⁹³, **artículo 23** (derecho de las personas mayores a la protección social) y **artículo 27** (derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a igualdad de oportunidades e igualdad de trato). Cuando un Estado Parte ha aceptado estas disposiciones más específicas, la situación se examina en virtud de ellas en lugar del Artículo 1§2.

Nos ocuparemos de examinar **la doctrina del CEDS a la prohibición de todas las formas de discriminación en el empleo**

IV.1.1.- Prohibición de toda forma de discriminación en el empleo

El Artículo 1§2 de la Carta Revisada exige a los Estados que la hayan aceptado **proteger de manera efectiva** el derecho de **los trabajadores a ganarse la vida en una ocupación libremente elegida⁹⁴**. Esta obligación requiere, entre otras cosas, **la eliminación de todas las formas de**

⁸⁸ Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) – Serie de Tratados Europeos – No. 163 2

⁸⁹ Conclusiones I (1969), Declaración de Interpretación sobre el Artículo 1§2; Conclusiones XVI-1 (2002), Declaración de Interpretación sobre Artículo 1§2

⁹⁰ Conclusiones I (1969), Declaración de Interpretación del Artículo 1§2

⁹¹ Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindicato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF) c. Italia, Demanda No. 143/2017, decisión sobre el fondo del 3 de julio de 2019, §76

⁹² Conclusiones 2020, Albania

⁹³ Conclusiones 2020, Albania

⁹⁴ Sindicato nacional de profesiones del turismo c. Francia, Demanda No. 6/1999, decisión sobre el fondo del 10 de octubre de 2000, §24

discriminación (directa o indirecta) en el empleo, **cualquiera que sea la naturaleza jurídica** de la relación profesional.⁹⁵

La discriminación puede surgir ya sea por el **trato diferente** a personas en la **misma situación** o por el **trato idéntico** a personas en **diferentes situaciones**.⁹⁶ Una diferencia de trato entre personas en situaciones comparables constituye una discriminación que infringe la Carta revisada si no persigue un fin legítimo y es no se basa en motivos objetivos y razonables⁹⁷.

La **discriminación indirecta** también puede surgir al no tener en cuenta positivamente todas las diferencias relevantes o al no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los **derechos y las ventajas colectivas que están disponibles para todos sean realmente accesibles** para todos⁹⁸.

IV.1.2.- Motivos de discriminación prohibidos

El Comité considera que, en virtud del artículo 1§2, la legislación debe prohibir la discriminación en el empleo por lo menos por motivos de **raza, origen étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual y opinión política**⁹⁹. Se puede brindar una **mayor protección** con respecto a **ciertos motivos**, como el **género** o la pertenencia a una **raza o grupo étnico**¹⁰⁰.

Cuando un Estado parte haya aceptado el **Artículo 15§2** de la Carta, el Comité examinará la legislación que prohíbe la **discriminación por motivos de discapacidad** en virtud de esta disposición en lugar del Artículo 1§2¹⁰¹.

Las **restricciones al artículo 1§2** solo están permitidas si están prescritas por la ley, cumplen una **finalidad legítima y son necesarias en una sociedad democrática** para la protección de los derechos y libertades de los demás o para la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral¹⁰².

IV.1.3.- Discriminación de género

Una **legislación nacional apropiada**, de conformidad con la Carta, es una **condición necesaria aunque insuficiente** para la **aplicación efectiva** de los principios de la Carta¹⁰³. **No es suficiente prohibir** legalmente la

⁹⁵ Syndicat national des professions du tourisme v. France, Demanda No. 6/1999, decisión sobre el fondo del 10 de octubre de 2000, §24;

Conclusiones XVI-1 (2002), Islandia

⁹⁶ Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) v. Bélgica, Queja No. 62/2010, decisión sobre el fondo del 21 de marzo de 2012, §49

⁹⁷ Syndicat national des professions du tourisme v. Francia, Demanda No. 6/1999, decisión sobre el fondo del 10 de octubre de 2000, §25

⁹⁸ Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, Demanda No. 91/2013, decisión sobre el fondo del 12 de octubre de 2015, §237

⁹⁹ Conclusiones 2006, Albania

¹⁰⁰ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹⁰¹ Conclusiones XVIII-1 (2006), Austria

¹⁰² Conclusiones 2006, Albania

¹⁰³ Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia

discriminación entre mujeres y hombres en el acceso al empleo; también tiene que **ser eliminada** en la práctica¹⁰⁴.

Las **restricciones a la admisión de mujeres en la escuela de policía** y la correspondiente exclusión de mujeres del 85 % de las funciones policiales constituyen una **discriminación directa** por razón de sexo que no se ha demostrado que sea necesaria en una sociedad democrática para proteger el interés público o la seguridad nacional o estar justificado por la naturaleza de las actividades en cuestión¹⁰⁵.

IV.1.4.- Discriminación por edad

La **reducción del salario mínimo** de los trabajadores **menores de 25 años** puede dar lugar a un problema de discriminación por razón de edad¹⁰⁶.

Si bien el trato menos favorable de los trabajadores más jóvenes puede estar diseñado **para hacer efectivo un objetivo legítimo de la política de empleo**, a saber, integrar a los trabajadores más jóvenes en el mercado laboral en un momento de grave crisis económica, **el alcance de la reducción** del salario mínimo, y **la forma en que se aplica a todos los trabajadores menores de 25 años no debe ser desproporcionada**, incluso teniendo en cuenta circunstancias económicas particulares¹⁰⁷.

IV.1.5.- Discriminación por motivos de nacionalidad

El artículo 1§2 también exige que **los nacionales de los Estados Partes** que **no pertenezcan a la Unión Europea** o al Espacio Económico Europeo gocen de los **mismos derechos** que los **ciudadanos de la Unión Europea** con respecto a los trabajos **no afectados por el ejercicio de las prerrogativas estatales**¹⁰⁸.

Los Estados Partes en la Carta pueden supeditar el acceso de los extranjeros al empleo en su territorio a la posesión de un **permiso de trabajo**, pero **no pueden prohibir a los nacionales de otros Estados Partes en la Carta**, en general, **ocupar puestos de trabajo por razones distintas de las establecidas en el Artículo G** de la Carta¹⁰⁹. Por lo tanto, los **únicos trabajos que pueden prohibirse** a los extranjeros son aquellos que **están**

¹⁰⁴ Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia

¹⁰⁵ Conclusiones XVI-1 (2003), Grecia

¹⁰⁶ Confederación General Griega del Trabajo (GSEE) c. Grecia, Queja No. 111/2014, decisión sobre el fondo del 23 de marzo de 2017, §132

¹⁰⁷ Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, Queja No. 111/2014, decisión sobre el fondo del 23 de marzo de 2017, §135

¹⁰⁸ Conclusiones XVI-1 (2002), Austria

¹⁰⁹ Conclusiones 2006, Albania

intrínsecamente conectados con la protección del interés público o la seguridad nacional e implican el ejercicio de la autoridad pública¹¹⁰.

Una **situación nacional no está en conformidad con el Artículo 1§2** de la Carta, donde la **ley nacional requiere** que un **empleador despida antes a los trabajadores extranjeros** cuando hace recortes de personal, ya que **esto es discriminatorio¹¹¹.**

IV.1.6.- Discriminación con respecto al trabajo atípico (duración determinada y tiempo parcial)

Deben existir **garantías legales** adecuadas **contra la discriminación** con respecto al **trabajo a tiempo parcial¹¹²**. En particular, deben existir normas para **evitar el trabajo no declarado** a través de las **horas extraordinarias**, y la **igualdad de remuneración**, en todos sus aspectos, entre el **trabajo a tiempo parcial y el tiempo completo. empleados¹¹³.**

El recurso a **contratos de duración determinada** puede ser necesario para garantizar la flexibilidad en la adaptación de la fuerza laboral a las necesidades, particularmente en el **sector educativo**, que puede estar sujeto a fluctuaciones relacionadas con el número de inscripciones en los diferentes niveles de las escuelas en todo el país¹¹⁴. Sin embargo, considera que debe lograrse un **equilibrio adecuado entre la necesidad de flexibilidad y los derechos de los trabajadores** a ganarse la vida en una ocupación a la que hayan accedido libremente¹¹⁵. En particular, los contratos de trabajo de duración determinada **no deberían utilizarse para eludir normas más estrictas al empleo de duración indefinida¹¹⁶**. A tal efecto, debe haber garantías legales adecuadas que **impidan en la práctica el abuso** que de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos.¹¹⁷

La **mera duración del servicio** en virtud de contratos de trabajo de duración determinada **no implica necesariamente un derecho incondicional y automático de acceso a contratos de trabajo de duración indefinida, especialmente en el sector público¹¹⁸**. Sin embargo, cuando el servicio prestado en virtud de contratos de duración determinada **cumple la calidad**

¹¹⁰ Conclusiones 2006, 2012, Albania

¹¹¹ Conclusiones XVI-1 (2002), Austria

¹¹² Conclusiones 2008, Albania

¹¹³ Conclusiones 2008, Albania

¹¹⁴ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Queja n.º 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §112

¹¹⁵ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Queja n.º 144/2017, decisión sobre el fondo de 9 de septiembre de 2020, §113

¹¹⁶ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Denuncia n.º 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §113

¹¹⁷ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Reclamación n.º 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §113

¹¹⁸ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Reclamación n.º 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §114

estándares requeridos y es equivalente a la del personal reclutado bajo contratos de duración indefinida, la experiencia acumulada a través de contratos sucesivos, incluso con interrupciones, debe ser tomada en cuenta como un criterio relevante para la contratación por concurso público¹¹⁹.

El hecho de que los **contratos de duración determinada en el sector público no puedan convertirse automáticamente en contratos de duración indefinida no puede considerarse en sí mismo contrario a la Carta**, siempre que existan **medidas eficaces para evitar los abusos** derivados del recurso a los contratos de duración determinada y para proporcionar remedios efectivos en caso de tal abuso¹²⁰.

IV.1.7.- Ámbito material

Está prohibida la discriminación en relación con la contratación o con las condiciones de empleo en general (en particular, la remuneración, la formación, la promoción, el traslado y el despido u otras acciones lesivas)¹²¹.

IV.1.8.- Medidas necesarias para garantizar la eficacia de la prohibición de la discriminación

La legislación debe **prohibir tanto la discriminación directa como la indirecta**¹²².

Para dar cumplimiento al artículo 1§2, los Estados Partes deben tomar medidas legales para garantizar la efectividad de la prohibición de discriminación¹²³. Estas medidas deben disponer al menos:

- Que cualquier **disposición contraria al principio de igualdad de trato** que aparezca **en los convenios colectivos**, en los **contratos de trabajo** o en los **reglamentos propios de las empresas** pueden ser **declarados nulos o rescindidos, derogados o modificados**¹²⁴;
- La noción **acciones efectivas** abarca los **procedimientos judiciales o administrativos** disponibles en casos de alegaciones de discriminación, capaces de brindar restablecimiento e indemnización, así como **sanciones adecuadas** que la inspección del trabajo haga cumplir de **manera efectiva**¹²⁵.
- En caso de violación de la prohibición de discriminación, **sanciones que disuadan lo suficiente** a los empleadores, así como una **compensación adecuada proporcional al daño sufrido** por la víctima. Sanciones adecuadas,

¹¹⁹ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Reclamación No. 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §114 290 Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Demanda No. 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §102

¹²⁰ Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Reclamación No. 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §114 290 Confederazione Generale Sindacale (CGS) c. Italia, Demanda No. 144/2017, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2020, §102

¹²¹ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹²² Conclusiones XVIII-I (2006), Austria

¹²³ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹²⁴ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹²⁵ Conclusiones 2020, Chipre

proporcionadas y disuasorias^{126 127}. La imposición de **límites máximos predefinidos a la compensación que se puede otorgar no se ajusta a la Carta**, ya que en ciertos casos pueden impedir que se concedan indemnizaciones que sean proporcionales a la pérdida sufrida y no suficientemente disuasorias para el empleador¹²⁸.

- **Protección contra el despido u otra acción de represalia** por parte del empleador contra un empleado que haya presentado una denuncia o emprendido acciones legales¹²⁹.

- La legislación nacional debería disponer una **inversión de la carga de la prueba a favor del empleado** en caso de discriminación¹³⁰.

El Comité considera que las siguientes **medidas favorecen la plena eficacia** de los esfuerzos para **combatir la discriminación** de conformidad con el Artículo 1§2 de la Carta:

- Reconocer el **derecho de los sindicatos a emprender acciones en casos de discriminación** en el empleo, incluyendo acciones en representación de trabajadores individuales.¹³¹

- La posibilidad de acciones de conflicto colectivo por grupos con interés en obtener una sentencia que declare la infracción de la prohibición de discriminación.¹³²

- La creación de un **organismo especializado para promover**, de forma independiente, la **igualdad de trato**, especialmente proporcionando a las víctimas de discriminación el apoyo que necesitan para emprender acciones judiciales¹³³.

La exclusión de personas de funciones, ya sea en forma de denegación de contratación o destitución, por motivos de actividades políticas anteriores, está prohibida cuando no sea necesaria en el sentido del artículo G, ya que no se aplica únicamente a los servicios que tienen responsabilidades en el campo de la ley y el orden y la seguridad nacional o para funciones que impliquen tales responsabilidades¹³⁴.

¹²⁶ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹²⁷ Conclusiones XVIII-I(2006), Austria

¹²⁸ Conclusiones XVIII-I (2006), Austria

¹²⁹ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹³⁰ Syndicat de Défense des fonctionnaires

c. Francia Demanda No. 73/2011, decisión sobre el fondo 13 de septiembre de 2012, §59

¹³¹ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹³² Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹³³ Conclusiones XVI-1 (2003), Islandia

¹³⁴ Conclusiones 2006, Lituania

IV.2.- Art.8 CSE. Derecho de la mujer trabajadora a la protección por maternidad.

La mujer trabajadora, en caso de maternidad, tiene derecho a una protección especial.

8§1 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a proporcionar licencias pagadas, prestaciones de seguridad social adecuadas o beneficios de fondos públicos para que las trabajadoras disfruten de licencias antes y después del parto hasta un total de al menos catorce semanas.

El artículo 8§1 reconoce los derechos de las trabajadoras a la licencia de maternidad y a las prestaciones laborales:

IV.2.1.-El derecho a la licencia de maternidad

El derecho a una licencia de maternidad de **no menos de 14 semanas** en virtud de la Carta **debe estar garantizado por ley**¹³⁵. Este derecho está diseñado tanto para otorgar **protección a las mujeres** empleadas en caso de maternidad como para reflejar **un interés más general en la salud pública**, es decir, la **salud de la madre y el niño**¹³⁶. Debe garantizarse para todas las categorías de empleados¹³⁷ y la **licencia debe ser de maternidad y no de enfermedad**.

La legislación nacional, por un lado, **debe permitir a las mujeres el derecho a hacer uso de todo o parte** de su derecho reconocido a cesar en el trabajo por un período de al menos 14 semanas, permitiéndoles la libertad de elección mediante un esquema de beneficios fijado en una cantidad adecuada y, por otra parte, **obligar al empleador a respetar la libre elección** de la mujer.

La legislación nacional puede permitir que las mujeres **opten por un período más corto** de licencia por maternidad¹³⁸. El requisito de **seis semanas de licencia posnatal es un medio para lograr la protección prevista en el artículo 8**.¹³⁹ Cuando la **licencia obligatoria es inferior a seis semanas**, los derechos garantizados por el artículo 8 puede realizarse a través de la existencia de garantías legales adecuadas que protejan completamente el derecho de las mujeres empleadas **a elegir libremente cuándo regresar al trabajo después del parto**, en particular, un nivel adecuado de protección para las mujeres que han dado a luz recientemente y desean disfrutar de la licencia completa por maternidad (por ejemplo, legislación contra la discriminación en el trabajo por motivos de género y responsabilidades familiares); un acuerdo entre los interlocutores sociales que proteja la libertad

¹³⁵ Conclusiones III (1973), Declaración de Interpretación del Artículo 8§1, Conclusiones XIX-4 (2011), Declaración de Interpretación sobre

Artículo 8§1, Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹³⁶ Conclusiones XIX-4 (2011), Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹³⁷ Conclusiones XV-2 (2001), Observación sobre el artículo 8§1

¹³⁸ Conclusiones XIX-4 (2011), Declaración de Interpretación del Artículo 8§1 del Artículo 8§1

¹³⁹ Conclusiones XIX-4 (2011), Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

de elección de las mujeres interesadas; y el marco legal general en torno a la maternidad (por ejemplo, si existe un sistema de licencia parental en el que cualquiera de los padres pueda tomar una licencia paga al final de la licencia de maternidad)¹⁴⁰.

Para cumplir con el Artículo 8§1, los Estados Partes deben asegurar que:

- existen **garantías legales para evitar cualquier presión** de los empleadores sobre las mujeres para que acorten su licencia de maternidad¹⁴¹;

- existe un acuerdo con los agentes sociales sobre la licencia de maternidad que protege la libre elección de la mujer frente a presiones indebidas que las inciten a tomar menos de seis semanas de licencia postnatal¹⁴²; los convenios colectivos ofrecen protección adicional¹⁴³.

IV.2.2.- El derecho a las prestaciones de maternidad.

De conformidad con el Artículo 8§1 de la Carta, los Estados Partes garantizarán que **las mujeres trabajadoras reciban una compensación adecuada por la pérdida de ingresos** durante el período de licencia por maternidad¹⁴⁴.

La **modalidad de compensación** está dentro del **margen de apreciación de los Estados Partes** y puede ser una **licencia pagada** (pago continuo del salario por parte del empleador), una **prestación de maternidad de la Seguridad Social**, cualquier prestación alternativa de fondos públicos o una combinación de tales compensaciones¹⁴⁵.

Independientemente de la modalidad de pago, **el nivel deberá ser adecuado**.¹⁴⁶ No debe reducirse sustancialmente en comparación con el salario anterior, y **no debe ser inferior al 70% de ese salario**¹⁴⁷.

Además, **la tasa mínima de compensación no deberá caer por debajo del umbral de pobreza definido como el 50 % de la mediana de los ingresos equivalentes**, calculado sobre la base del valor del umbral de riesgo de pobreza de Eurostat¹⁴⁸. Si la **prestación en cuestión se encuentra entre 40 y 50 % de la renta mediana equivalente**, se tendrán en cuenta otras prestaciones, incluidas las relativas a la previsión social o a la vivienda¹⁴⁹. Sin embargo, **una tasa fijada en menos del 40% de la renta mediana equivalente es manifiestamente inadecuada**, por lo que **combinarla con otras prestaciones** no pueden suponer que la situación cumpla con el Artículo 8§1¹⁵⁰.

¹⁴⁰ Conclusiones XIX-4 (2011), Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁴¹ Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido

¹⁴² Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido; Ucrania

¹⁴³ Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido

¹⁴⁴ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁴⁵ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁴⁶ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁴⁷ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁴⁸ Conclusiones XVII-2 (2005), Letonia

¹⁴⁹ Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido

¹⁵⁰ Conclusiones XXI-4 (2019), Reino Unido

Para las **asalariadas altas**, un **tope en el monto de la compensación** durante la licencia de maternidad **no es, en sí mismo, contrario** al Artículo 8§1¹⁵¹. Se toman en cuenta varios elementos para evaluar la equidad de la reducción, como el límite superior para calcular la prestación, cómo se compara con los patrones salariales generales y el número de mujeres que reciben un salario por encima de este límite¹⁵².

El derecho a la compensación **puede estar sujeto a condiciones** de derecho tales como un **período mínimo de empleo o cotización**¹⁵³. Sin embargo, tales condiciones **no serán excesivas**; en particular, **los períodos de calificación deben permitir algunas interrupciones en el registro de empleo**¹⁵⁴. Un **período requerido de doce meses de cotización** al régimen de seguridad social antes del embarazo para tener derecho a las prestaciones de maternidad **no está de conformidad** con la Carta¹⁵⁵.

IV.2.3.- Protección frente al despido

8§2 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a considerar ilegal que un empleador notifique a una mujer el despido durante el período desde el momento en que ella notifica su empleador que ella está embarazada hasta el final de su licencia de maternidad, o para darle aviso de despido en un momento en que el aviso expiraría durante dicho período.

Apéndice: Esta disposición no se interpretará en el sentido de establecer una prohibición absoluta. Se podrían contemplar excepciones, por ejemplo, en los siguientes casos:

- a. Si una mujer empleada ha sido responsable de una infracción laboral que justifica la interrupción de la relación de empleo;**
- b. si la empresa en cuestión cesa su actividad;**
- c. si ha vencido el plazo previsto en el contrato de trabajo**¹⁵⁶.

Prohibición de despido

El artículo 8§2 exige que **sea ilegal despedir a las empleadas desde el momento en que notifican al empleador su embarazo hasta el final de su licencia de maternidad**¹⁵⁷.

El artículo 8§2 **se aplica por igual** a las mujeres con contratos de duración **determinada e indefinida**¹⁵⁸.

¹⁵¹ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁵² Conclusiones XV-2 (2001), Bélgica

¹⁵³ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁵⁴ Conclusiones 2015, Declaración de Interpretación del Artículo 8§1

¹⁵⁵ Conclusiones 2019, Albania

¹⁵⁶ Apéndice de la Carta Social Europea (revisada) - Serie de Tratados Europeos - No. 163

¹⁵⁷ Conclusiones XIII-4 (1996), Declaración de Interpretación del Artículo 8§2

¹⁵⁸ Conclusiones XIII-4 (1996), Austria

La **notificación del despido**, por parte del empleador, **durante el período de protección no constituye como tal una violación** del artículo 8§2 siempre que el **período de notificación y cualquier procedimiento se suspendan hasta el final de la licencia**¹⁵⁹. Las mismas reglas que rigen la suspensión del plazo de preaviso y los procedimientos deben aplicarse en caso de notificación de despido anterior al período de protección¹⁶⁰. Sin embargo, **el despido de una mujer embarazada no es contrario a esta disposición en el caso de falta grave, el cese de las actividades de la empresa o el vencimiento de un contrato a plazo fijo**¹⁶¹. Estas excepciones se interpretan restrictivamente¹⁶².

Despedir a una trabajadora durante la licencia de maternidad por otros motivos, como un despido colectivo, no es compatible con el Artículo 8§2¹⁶³.

Reparación en caso de despido improcedente

En casos de despido ilegal, la legislación interna debe prever acciones adecuadas y efectivos, los trabajadores/as que consideren que sus derechos al respecto han sido vulnerados deben tener derecho a llevar su caso ante los tribunales¹⁶⁴.

En caso de **despido contrario a esta disposición, la reincorporación de la mujer debe ser la regla**¹⁶⁵. Excepcionalmente, si **esto es imposible** (por ejemplo, cuando la empresa cierra) o **la mujer en cuestión no lo desea**, debe garantizarse una **compensación adecuada**¹⁶⁶. La compensación debe ser **suficiente para disuadir al empleador y compensar a la trabajadora**¹⁶⁷. **Se proscribe cualquier tope de compensación que pueda impedir que los daños sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios**¹⁶⁸. Además, si hay un **tope en la compensación por daño material, la víctima debe poder reclamar una indemnización ilimitada por daños morales** a través de otras vías legales y los tribunales competentes para otorgar indemnizaciones por daños morales y morales deben decidir dentro de un plazo razonable¹⁶⁹.

¹⁵⁹ Conclusiones XIII-4 (1996), Declaración de Interpretación del Artículo 8§2

¹⁶⁰ Conclusiones XIII-4 (1996), Declaración de Interpretación del Artículo 8§2

¹⁶¹ Conclusiones X-2 (1990), España

¹⁶² Conclusiones XXI-4 (2019), España

¹⁶³ Conclusiones XXI-4 (2019), España

¹⁶⁴ Conclusiones XXI-4 (2019), España

¹⁶⁵ Conclusiones 2005, Chipre; Conclusiones I (1969), Declaración de Interpretación del Artículo 8

¹⁶⁶ Conclusiones XXI-4 (2019), España

¹⁶⁷ Conclusiones 2005, Chipre

¹⁶⁸ Conclusiones 2011, Declaración de Interpretación sobre el Artículo 8§2 y el Artículo 27§3

¹⁶⁹ Conclusiones 2011, Declaración de Interpretación sobre el Artículo 8§2 y el Artículo 27§3

IV.2.4.-Derecho al tiempo suficiente para lactancia

8§3 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a prever que las madres que estén amamantando a sus hijos tengan derecho a un tiempo libre suficiente para este fin.

De acuerdo con el artículo 8§3, **todas las madres trabajadoras** (incluidas las empleadas domésticas y las mujeres que trabajan en el hogar) **que amamantan** a sus bebés deben **tener tiempo libre para este fin**¹⁷⁰.

En principio, el tiempo libre para amamantar debería concederse **durante las horas de trabajo**, tratarse como **tiempo de trabajo normal y remunerarse como tal**¹⁷¹. Sin embargo, el **trabajo a tiempo parcial** puede considerarse suficiente si **la pérdida de ingresos se compensa** con una **prestación parental u otra prestación**¹⁷².

Se debe conceder tiempo libre para lactancia por lo menos **hasta que el niño alcance la edad de nueve meses**¹⁷³.

El Comité evalúa el cumplimiento de los Estados Partes con el Artículo 8§3 caso por caso. Se ha determinado que **las siguientes medidas están cumplen** con la Carta: **dos pausas de media hora** cuando el empleador proporciona **una guardería o una sala** para amamantar¹⁷⁴; pausas diarias de **una hora**¹⁷⁵ y legislación que prevé **dos pausas diarias por un período de una año** para amamantar o derecho a **comenzar o dejar de trabajar antes**¹⁷⁶.

IV.2.5.- Regulación del trabajo nocturno

8§4 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a regular el empleo en el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, las mujeres que han dado a luz recientemente y las mujeres que amamantan a sus hijos.

El artículo 8§4 requiere que los Estados Partes regulen el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, las mujeres que han dado a luz recientemente y las mujeres que amamantan a sus hijos, a **fin de limitar los efectos adversos sobre la salud de la mujer**.

Para dar cumplimiento a esta disposición, los Estados Partes **no están obligados a dictar normas específicas** para las mujeres **si pueden demostrar la existencia de normas aplicables sin distinción** a los **trabajadores de ambos sexos**¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Conclusiones XVII-2 (2005), España

¹⁷¹ Conclusiones XIII-4 (1996), Países Bajos

¹⁷² Conclusiones 2005, Suecia

¹⁷³ Conclusiones 2005, Chipre

¹⁷⁴ Conclusiones I (1969), Italia

¹⁷⁵ Conclusiones I (1969), Alemania

¹⁷⁶ Conclusiones 2011, Francia

¹⁷⁷ Conclusiones X-2 (1988), Declaración de Interpretación del Artículo 8§4

Los reglamentos deben:

- permitir que los trabajadores nocturnos con responsabilidades familiares se transfieran a un trabajo diurno e impedir que los empleadores obliguen a dichos trabajadores a pasar al trabajo nocturno¹⁷⁸;
- establecer las condiciones para el trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, p.ej., horarios de trabajo prescritos, pausas, días de descanso tras períodos de trabajo nocturno, derecho a ser trasladado al trabajo diurno en caso de problemas de salud relacionados con el trabajo nocturno, etc.¹⁷⁹

A fin de garantizar la **no discriminación por razón de género**, las mujeres empleadas durante el período de protección **no podrán ser colocadas en una situación menos ventajosa cuando sea necesario un ajuste de sus condiciones de trabajo** para garantizar el **nivel requerido de protección de la salud**¹⁸⁰. En particular, en los casos en que las mujeres no puedan ser empleadas en su lugar de trabajo debido a problemas de salud y seguridad y, como resultado, sean transferidas a otro puesto o, si tal transferencia no fuera posible, se les conceda una licencia en su lugar, **los Estados Partes deben garantizar que durante el período protegido, tienen derecho a su salario anterior promedio** o reciben una prestación de Seguridad Social correspondiente al **100% de su salario promedio anterior**¹⁸¹. Además, las mujeres deben tener derecho a regresar a su empleo anterior¹⁸². Este derecho debe estar garantizado por la ley¹⁸³.

IV.2.6.- Prohibición de trabajos en minería subterránea, y otros peligrosos, insalubres o arduos.

8§5 Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen a prohibir el empleo de mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos en la minería subterránea, y todo otro trabajo que sea inadecuado por su naturaleza peligrosa, insalubre o ardua y a tomar las medidas apropiadas para proteger los derechos laborales de estas mujeres.

El artículo 8§5 se aplica a todas las mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente o que están amamantando a su hijo, en un empleo remunerado.

Esta disposición prohíbe el empleo de mujeres embarazadas, mujeres que han dado a luz recientemente y mujeres que amamantan a sus hijos en trabajos subterráneos en las minas¹⁸⁴. Esto se aplica al trabajo de extracción propiamente dicho, pero no a las mujeres que:

- ocupan puestos directivos y no realizar trabajos manuales;
- trabajan en servicios de salud y bienestar;

¹⁷⁸ Conclusiones 2003, Francia

¹⁷⁹ Conclusiones X-2 (1988), Declaración de Interpretación del Artículo 8§4

¹⁸⁰ Conclusiones 2019, Declaración de interpretación sobre los artículos 8§4 y 8§5

¹⁸¹ Conclusiones 2019, Declaración de interpretación sobre los artículos 8§4 y 8§5

¹⁸² Conclusiones 2019, Declaración de interpretación sobre los artículos 8§4 y 8§5

¹⁸³ Conclusiones 2019, Albania

¹⁸⁴ Conclusiones X-2 (1988), Declaración de Interpretación del Artículo 8§5 (es decir, 8§4b) de la Carta de 1961

- pasan breves períodos de entrenamiento en secciones subterráneas de minas¹⁸⁵.

Ciertas otras actividades peligrosas, como las que implican **exposición a plomo, benceno, radiación ionizante, altas temperaturas, vibraciones o agentes virales, deben prohibirse o reglamentarse estrictamente para el grupo de mujeres en cuestión**, según los riesgos que presente el trabajo¹⁸⁶. La **legislación nacional debe garantizar un alto nivel de protección** contra todos los peligros conocidos para la salud y la seguridad de las mujeres que entran en el ámbito de aplicación de esta disposición¹⁸⁷.

La legislación nacional debe **prever la reasignación de mujeres embarazadas o lactantes si su trabajo no es adecuado a su condición, sin pérdida de salario**¹⁸⁸. Si esto no es posible, las mujeres deberían tener derecho a la licencia pagada o a la prestación del 100% de su salario promedio anterior¹⁸⁹. El derecho de las empleadas a regresar a su empleo anterior al final de su período de maternidad/lactancia debe estar previsto por ley¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Conclusiones X-2 (1990), Declaración de Interpretación del Artículo 8§5 (es decir, 8§4b) de la Carta de 1961

¹⁸⁶ Conclusiones 2019, Ucrania

¹⁸⁷ Conclusiones 2003, Bulgaria

¹⁸⁸ Conclusiones de 2019, Declaración de interpretación sobre los artículos 8§4 y 8§5

¹⁸⁹ Conclusiones de 2019, Declaración de interpretación sobre los artículos 8§4 y 8§5

¹⁹⁰ Conclusiones de 2019, Ucrania

IV.3.- Art.20. CSE El derecho a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo.

Art.20 Todos los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo

Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas apropiadas para garantizar o promover su aplicación. en los siguientes campos:

- a) Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción laboral;
- b) Orientación, formación, readiestramiento y rehabilitación profesional;
- c) Términos de empleo y condiciones de trabajo, incluida la remuneración;
- d) Desarrollo de carrera, incluida la promoción.

Apéndice:

1. Se entiende que en materia de seguridad social, así como otras disposiciones relativas a la prestación por desempleo, la prestación de vejez y la prestación de supervivencia, podrán quedar excluidas del ámbito de aplicación de este artículo¹⁹¹.
2. Las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular en lo que respecta al embarazo, el parto y la postnatal, no se considerará discriminación a que se refiere este artículo¹⁹².
3. Este artículo no impedirá la adopción de medidas específicas destinadas a eliminar las desigualdades de hecho¹⁹³. El sexo puede quedar excluido del ámbito de aplicación de este artículo o de algunas de sus disposiciones. Esta disposición no debe interpretarse en el sentido de obligar a las Partes a incorporar en leyes o reglamentos una lista de ocupaciones que, por su naturaleza o el contexto en el que se llevan a cabo, pueden estar reservadas a personas de un sexo determinado¹⁹⁴.

¹⁹¹ Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) – Serie de Tratados Europeos – No. 163

¹⁹² Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) – Serie de Tratados Europeos – No. 163

¹⁹³ Apéndice a la Carta Social Europea (revisada) – Serie de Tratados Europeos – No. 163

¹⁹⁴ Apéndice de la Carta Social Europea (revisada) – European Treaty Series – No. 163

IV.3.1.- Igualdad en el trabajo y en materia de seguridad social

Definiciones y alcance

El artículo 20 garantiza el derecho a la **igualdad de oportunidades e igualdad de trato** en el ámbito del **empleo y la ocupación, sin discriminación** por razón de **sexo**¹⁹⁵.

La aceptación del artículo 20 implica las siguientes obligaciones para los Estados Partes:

- La obligación de **promulgar este derecho** en la legislación.¹⁹⁶
- La obligación de tomar **medidas legales destinadas a asegurar la efectividad** de este derecho¹⁹⁷. En este sentido, tales medidas deben prever la **nulidad de las cláusulas** de los **convenios colectivos y contratos** individuales que sean contrarias al principio; así como para procedimientos adecuados de apelación cuando el derecho ha sido violado y para la protección efectiva de los trabajadores contra cualquier medida de represalia (despido u otras medidas) tomadas como resultado de su demanda para disfrutar del derecho¹⁹⁸.
- La obligación de **definir una política activa** y de tomar **medidas prácticas** para implementarla.¹⁹⁹

Para los Estados Partes que han aceptado tanto el **artículo 1§2** como el **artículo 20**, el **Comité examina en este último el marco general para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres** (igualdad de derechos, medidas específicas de protección, situación de la mujer en el empleo y planes de formación, medidas para promover la igualdad de oportunidades)²⁰⁰. Como resultado, no trata específicamente la discriminación basada en el sexo en virtud del artículo 1§2 con respecto a esos Estados Partes²⁰¹.

Obligaciones de garantizar el derecho a igual salario por igual trabajo o trabajo de igual valor

Marco legal

El derecho de mujeres y hombres a la igualdad **debe estar garantizado por la ley**. La Carta requiere que los Estados Partes no solo prevean la igualdad de trato, sino también que protejan a mujeres y hombres de la discriminación en el empleo y la formación²⁰². Esto significa que están obligados a promulgar una **legislación suficientemente detallada** que imponga explícitamente la

¹⁹⁵ Conclusiones XIII-3 (1995), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

¹⁹⁶ Conclusiones XIII-3 (1995), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

¹⁹⁷ Conclusiones XIII-3 (1995), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

¹⁹⁸ Conclusiones XIII-3 (1995), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

¹⁹⁹ Conclusiones XIII-3 (1995), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁰⁰ Conclusiones 2002, Declaración de Interpretación sobre los Artículos 1§2 y 20

²⁰¹ Conclusiones 2002, Declaración de Interpretación sobre el Artículo 20

²⁰² Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

igualdad de trato en todos los aspectos²⁰³. A la **prohibición general** de todas las formas de discriminación **en la Constitución no es suficiente**.²⁰⁴

Cualquier **legislación, reglamento u otra medida administrativa** que incumpla el principio de igualdad debe ser **derogada o revocada**²⁰⁵. La no aplicación de legislación discriminatoria no es suficiente para que una situación se considere conforme a la Carta²⁰⁶. Debe ser posible dejar sin efecto, retirar, derogar o modificar cualquier disposición de los convenios colectivos, contratos de trabajo o reglamentos internos de las empresas que sea incompatible con el principio de igualdad de trato²⁰⁷.

El Comité considera **aconsejable** que los Estados Partes introduzcan **medidas que puedan disuadir a los empleadores** de aplicar, incluso inadvertidamente, cláusulas que son nulas y sin efecto. Debe darse la posibilidad de que un tribunal declare esta nulidad mediante una decisión aplicable *erga omnes*, la introducción de un derecho específico de los sindicatos a emprender acciones legales en estos asuntos, incluido el derecho a actuar como coadyuvantes en litigios individuales, o la posibilidad de acción de clase por parte de las personas en cuyo interés sería que se declarara esta nulidad.^{208 209}

El derecho a la **igualdad de remuneración** sin discriminación por motivos de sexo también está **garantizado por el Artículo 4§3** y , por lo tanto, la cuestión también se examina bajo esta disposición para los Estados Partes que han aceptado el Artículo 4§3 únicamente²¹⁰.

IV.3.2.- Igualdad de oportunidades y medidas positivas

Los Estados Partes deben tomar **medidas prácticas para promover la igualdad** de oportunidades mediante la eliminación de las desigualdades de facto que afectan las posibilidades de mujeres y hombres.²¹¹ La eliminación de las disposiciones potencialmente discriminatorias que protegen a las mujeres debe, por lo tanto, ir acompañada de **medidas para promover el empleo de calidad** para las mujeres²¹².

La **incorporación de la perspectiva de género** debería formar parte de una **estrategia** que abarque **todos los aspectos del mercado laboral**, incluida la **remuneración, el desarrollo profesional y el reconocimiento ocupacional**, y que se extienda al **sistema educativo**.²¹³

²⁰³ Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁰³⁷ Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁰⁴ Mujeres Universitarias de Europa (UWE) v. Bulgaria, Queja No.

125/2016, decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 2019, §131

²⁰⁵ Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bulgaria, Queja No. 125/2016, decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 2019, §131

²⁰⁶ Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Bulgaria, Reclamo No. 125/2016, decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 2019, §131

²⁰⁷ Conclusiones XV-2 (2001) Addendum, República Eslovaca, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁰⁸ Conclusiones XV-2 (2001) Addendum, República Eslovaca, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁰⁹ Conclusiones 2002, Declaración de Interpretación de los Artículos 1§2 y 20

²¹⁰ Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

²¹¹ Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

²¹² Conclusiones XVII-2 (2005), Grecia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²¹³ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina

Las **medidas apropiadas** incluyen:

- Adoptar e implementar **planes de acción nacionales para la igualdad de oportunidades**,²¹⁴
- **exigir a las empresas** individuales que **elaboren planes empresariales** para garantizar una mayor igualdad entre mujeres y hombres²¹⁵;
- alentar a los empleadores y trabajadores a abordar las cuestiones de igualdad en los **convenios colectivos**;²¹⁶
- dar más **importancia a la igualdad** entre mujeres y hombres en los **planes de acción nacionales para el empleo**.²¹⁷

Las **medidas específicas de protección** relacionadas con el **embarazo, el parto y el período posnatal** se examinan generalmente en el marco del **Artículo 8§4** de la Carta²¹⁸.

IV.3.3.- Obligaciones de promover el derecho a la igualdad de remuneración

Según los artículos 4§3 y 20 de la Carta, el **concepto de remuneración** debe cubrir **todos los elementos del salario**, es decir, el salario básico y todos los demás beneficios pagados directa o indirectamente en efectivo o en especie por el empleador al trabajador en razón del empleo de este último.²¹⁹

Para garantizar y promover la igualdad salarial, **es crucial la recopilación de estadísticas salariales** de alta calidad **desglosadas por género**, así como **estadísticas sobre el número y el tipo de casos de discriminación salarial**²²⁰. La recopilación de dichos datos aumenta la **transparencia salarial** a niveles agregados y en última instancia, descubre los casos de desigualdad salarial y, por lo tanto, la brecha salarial de género.²²¹ **La brecha salarial de género** es uno de los **indicadores más ampliamente aceptados** de las diferencias salariales que **persisten para hombres y mujeres** que realizan trabajos que son iguales o de igual valor²²². Además de la brecha salarial global (sin ajustar y ajustada), el Comité tendrá en cuenta, en su caso, **datos más específicos sobre la brecha salarial de género por sectores, por ocupaciones, por edad, por nivel educativo, etc.**²²³

El Comité considera además que los Estados Partes tienen la obligación de analizar las causas de la brecha salarial de género con miras a diseñar políticas efectivas dirigidas a reducirla²²⁴. La falta de avances mensurables en la reducción de la brecha salarial de género es contraria al artículo 20²²⁵.

²¹⁴ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina

²¹⁵ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina

²¹⁶ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina

²¹⁷ Conclusiones XVII-2 (2005), Grecia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²¹⁸ Conclusiones 2020, Macedonia del Norte, citando Mujeres Universitarias de Europa (UWE) c. Francia, Reclamación No. 130/2016, decisión sobre el fondo del 5 de diciembre de 2019, §163

²¹⁹ Conclusiones 2020, Albania

²²⁰ Conclusiones 2020, Albania

²²¹ Conclusiones 2020, Albania

²²² Conclusiones 2020, Albania

²²³ Conclusiones 2020, Albania

²²⁴ Conclusiones 2020, Andorra

²²⁵ Conclusiones 2020, Albania

IV.3.4.- **Transparencia salarial y comparaciones laborales**

La transparencia salarial es **fundamental para la aplicación efectiva del principio de igual salario por trabajo de igual valor**²²⁶. La transparencia **contribuye a identificar los sesgos** y la discriminación de género y facilita la **adopción de medidas correctivas** por parte de los trabajadores y empleadores y sus organizaciones, así como por parte de las autoridades competentes.²²⁷ Los Estados deberían tomar medidas de acuerdo con las condiciones y tradiciones nacionales con miras a **garantizar una adecuada transparencia salarial en la práctica**, incluidas medidas como las destacadas en el **Recomendación de la Comisión Europea de 7 de marzo de 2014** sobre el fortalecimiento del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres a través de la transparencia, en particular la obligación de los empleadores de informar periódicamente sobre los salarios y producir datos desglosados por género.²²⁸ El Comité considera tales medidas como **indicadores del cumplimiento de la Carta** a este respecto²²⁹.

Según el **artículo 20**, la igualdad de trato entre mujeres y hombres **incluye** la cuestión de la **igualdad de remuneración por trabajo de igual valor**²³⁰. Por lo general, **las comparaciones** de remuneración se realizan entre **personas dentro de la misma empresa**²³¹. Sin embargo, **puede haber situaciones** en las que, para ser significativa, esta comparación solo puede **hacerse entre empresas**²³². Por lo tanto, el Artículo 20 requiere que sea **posible hacer comparaciones salariales entre empresas**²³³.

Como mínimo, la legislación debe **exigir comparaciones salariales entre empresas** en uno o más de los siguientes situaciones:

- casos en que **las normas legales** se aplican a las condiciones laborales y salariales en **más de una empresa**²³⁴;
- casos en los que **varias empresas bajo un convenio colectivo** de trabajo o reglamentos que rigen los términos y condiciones de empleo²³⁵;
- casos en los que los términos y condiciones de empleo se establecen centralmente para más de un empresa dentro de un **holding [empresa] o grupo**²³⁶.

Para **establecer si el trabajo realizado es igual o de igual valor**, deben tenerse en cuenta factores tales como la **naturaleza de las tareas**, las **habilidades**, así como los **requisitos educativos** y de **capacitación**, que sean necesarios, ya sea a través de la legislación o la jurisprudencia²³⁷.²³⁸ En este sentido, se deben **promover los sistemas de clasificación y evaluación**

²²⁶ Conclusiones 2020, Albania

²²⁷ Conclusiones 2020, Albania

²²⁸ Conclusiones 2020, Albania

²²⁹ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³⁰ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³¹ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³² Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³³ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³⁴ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³⁵ Conclusiones 2012, Declaración de Interpretación del Artículo 20

²³⁶ Conclusiones 2020, Albania

²³⁷ Conclusiones 2020, Albania

²³⁸ Conclusiones 2020, Albania

de **puestos y**, cuando se utilicen, deben **basarse en criterios neutrales al género** y que **no den lugar a discriminación indirecta**²³⁹.

En casos de litigio por igualdad de remuneración, la legislación debería permitir comparaciones de remuneración entre empresas solo cuando las diferencias de remuneración puedan atribuirse a una sola fuente.²⁴⁰ Por ejemplo, el Comité ha considerado que la situación cumplía con este principio cuando, en casos de igualdad de remuneración, se puede hacer una **comparación con un trabajador típico (alguien en un trabajo comparable) en otra empresa**, siempre que las **diferencias de pago** se puedan atribuir a una sola fuente o cuando la comparación de salarios sea posible para los empleados que trabajan en una unidad compuesta por personas que están legalmente situaciones diferentes si la remuneración está fijada por un convenio colectivo aplicable a todas las entidades de la unidad²⁴¹.

IV.3.5.-Tutela judicial

La legislación nacional debe prever **acciones apropiadas y efectivas** en caso de **presunta discriminación salarial**²⁴². Los trabajadores que aleguen haber sufrido discriminación deben poder llevar su caso ante los tribunales²⁴³. Se debe garantizar el **acceso efectivo a los tribunales** para las víctimas de discriminación salarial.²⁴⁴ Por lo tanto, los procedimientos deben ser **asequibles y oportunos**.²⁴⁵

Es probable que la ausencia o el bajo número de casos de discriminación salarial presentados ante los tribunales indiquen la falta de un marco legal apropiado, la falta de conocimiento de los derechos, la falta de confianza en los recursos legales disponibles o la ausencia de tales recursos, la falta de prácticas acceso a procedimientos o temor a represalias²⁴⁶.

El **Comité evalúa el cumplimiento** del artículo 20 con respecto al acceso a recursos efectivos sobre **la base de los siguientes indicadores**:

- el **número de casos de discriminación salarial** de género presentados ante los tribunales con información específica sobre su **resultado y las sanciones impuestas** a los patrones;²⁴⁷
- si existe un **límite superior en el monto de la compensación** que se puede otorgar en el caso de **discriminación salarial de género**;²⁴⁸
- si **se imponen sanciones a los empleadores** en caso de discriminación salarial;²⁴⁹
- **qué normas se aplican en casos de despido** como represalia que implican litigios por igualdad salarial;²⁵⁰

²³⁹ Conclusiones 2020, Albania

²⁴⁰ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina

²⁴¹ Conclusiones 2016, Bosnia y Herzegovina, citando las Conclusiones 2012, Países Bajos; y Conclusiones 2014, Francia, Artículo 4§3

²⁴² Conclusiones 2020, Albania

²⁴³ Conclusiones 2020, Albania

²⁴⁴ Conclusiones 2020, Albania

²⁴⁵ Conclusiones 2020, Albania

²⁴⁶ Conclusiones 2020, Georgia

²⁴⁷ Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia

²⁴⁸ Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia

²⁴⁹ Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia

- **ejemplos de indemnizaciones otorgadas** por los tribunales en casos de **discriminación salarial** por motivos de género²⁵¹.

IV.3.6.- Carga de la prueba

El artículo 20 de la Carta implica una **modificación de la carga de la prueba a favor de los trabajadores** que **crean haber sido víctimas** de una medida **discriminatoria**²⁵². La inversión de la carga de la prueba **consiste en asegurar** que cuando una **persona cree haber sufrido discriminación** por **motivos de sexo** y **establece hechos que hacen razonable suponer que se ha producido discriminación**, **corresponde al demandado probar** que la aparente discriminación se debe a factores objetivos que no están relacionados con ninguna discriminación por motivos de sexo y, por lo tanto, no constituye ninguna contravención del principio de igualdad de trato²⁵³.

Por analogía con la jurisprudencia en relación con el artículo 1§2, deben adoptarse **otras medidas legales** para hacer **plenamente efectiva la tutela judicial**, como **autorizar a los sindicatos y otros organismos a emprender acciones** en casos de discriminación en el empleo, incluidos acción en nombre de las personas²⁵⁴ o la creación de **un organismo independiente** para promover la igualdad de trato y brindar asistencia legal a las víctimas.

IV.3.7.- Compensación adecuada

Los Estados Partes deben garantizar por medio de la legislación que existan **garantías adecuadas contra la discriminación y las medidas de represalia**²⁵⁵. La legislación debe prever la **restitución de la situación** de que se trate —en caso de despido, reincorporación— y la **compensación por cualquier pérdida financiera** sufrida durante el **período intermedio**²⁵⁶.

Toda persona que sufra **discriminación salarial** por **motivos de género** debe tener derecho a una **indemnización adecuada**²⁵⁷. A este respecto, el Comité hace una **distinción** entre la **indemnización** que se otorga en casos de reclamaciones exitosas por desigualdad salarial y la **indemnización por despido** que se otorga en caso de **despido en represalia, incluso** cuando estos últimos son el resultado de reclamaciones de igualdad salarial²⁵⁸. En el **primer caso**, **la ley no puede establecer un tope**²⁵⁹, En el **segundo caso**, **se permite un tope legal** solo si tiene una **entidad suficiente para reparar el daño** sufrido por la víctima y para **resultar disuasorio** para el responsable.²⁶⁰

²⁵⁰ Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia

²⁵¹ Conclusiones XXII-1 (2020), Croacia

²⁵² Conclusiones 2004, Rumania

²⁵³ Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁵⁴ Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁵⁵ Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁵⁶ Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁵⁷ Conclusiones 2020, Andorra

²⁵⁸ Conclusiones 2020, Andorra

²⁵⁹ Conclusiones 2020, Andorra

²⁶⁰ Conclusiones 2020, Andorra

Compensación adecuada significa:

- reincorporación o conservación del empleo e indemnización por cualquier daño material sufrido en el caso de despido improcedente o nulo²⁶¹;
- una indemnización proporcional al daño sufrido, es decir, para cubrir el daño material y moral, cuando el trabajador despedido no desee ser reintegrado o la continuación de la relación laboral sea imposible²⁶²;
- en todos los demás casos, poner fin a la discriminación y conceder una indemnización proporcional a la el daño material y moral sufrido²⁶³.

IV.3.8.- Protección contra represalias

Debe prohibirse el despido como represalia en casos de discriminación salarial²⁶⁴. Los empleados que intentan hacer valer su derecho a la igualdad deben estar legalmente protegidos contra cualquier forma de represalia por parte de sus empleadores, incluidos no solo el despido, sino también la degradación, cambios en las condiciones de trabajo, etc.²⁶⁵

Cuando un trabajador sea despedido por haber reclamado igualdad de remuneración, el trabajador debe poder presentar una **demanda por despido nulo**²⁶⁶. En este caso, el **empleador debe reintegrarlo** en el mismo puesto o en uno similar.²⁶⁷ Si la **reincorporación no es posible**, el empleador debe **pagar una indemnización**, que debe ser suficiente para **compensar al trabajador** (es decir, cubrir los daños materiales y morales) y **disuadir al empleador**²⁶⁸.

²⁶¹ Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁶² Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, Artículo 1 del Protocolo Adicional; ver también Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁶³ Conclusiones XVII-2 (2005), Finlandia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁶⁴ Conclusiones 2020, Albania

²⁶⁵ Conclusiones 2020, Chipre; véase también las Conclusiones XIII-5 (1997), Declaración de Interpretación del Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁶⁶ Conclusiones de 2020, Albania

²⁶⁷ Conclusiones 2020, Albania

²⁶⁸ Conclusiones 2020, Albania

IV.3.9.-Acceso a determinadas ocupaciones

Excepcionalmente y con sujeción a una **interpretación estricta**, **determinados trabajos y actividades profesionales** podrán limitarse a **personas de un mismo sexo**, si ello se debe a la **naturaleza de dichos trabajos y actividades** o al contexto y condiciones en que se realizan. Tal limitación solo puede ser conforme con respecto a trabajos/actividades donde el **género constituye un requisito ocupacional genuino** – (Anexo al Artículo 20§4)²⁶⁹.

Al determinar si, debido a las condiciones en que se llevan a cabo las **actividades policiales**, el sexo constituye un factor decisivo en la policía, el ejército, etc., los Estados Partes podrán tener en cuenta los requisitos **relacionados con el orden público o la seguridad nacional** siempre que estén prescritos por ley, persiguen un fin legítimo y son necesarias en una sociedad democrática (artículo G)²⁷⁰. Como toda medida que deroga los derechos garantizados por la Carta, **la excepción debe interpretarse restrictivamente y no exceder el fin legítimamente perseguido**²⁷¹.

IV.3.10.-Medidas específicas de protección

De acuerdo con el Apéndice del Artículo 20 (§1), **las disposiciones relativas a la protección de la mujer no se consideran discriminación**. Tales disposiciones deben estar **objetivamente justificadas** por necesidades que **atañen exclusivamente a la mujer**, como las relativas a la **maternidad (embarazo, parto y puerperio)**. Estos derechos particulares también están garantizados por **el artículo 8 de la Carta** (derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad).

Prohibir a las mujeres realizar trabajos nocturnos o minería subterránea mientras se autoriza a los hombres a hacerlo **es contrario al principio de igualdad de trato**²⁷².

Las **medidas de protección específicas** se examinan en virtud de los **Artículos 8 y 27** de la Carta²⁷³.

IV.3.11.- Seguridad Social

El Artículo 20 garantiza la **igualdad de trato con respecto a la Seguridad Social**²⁷⁴. Sin embargo, el **Apéndice autoriza a los Estados**, cuando ratifiquen la Carta o acepten el Artículo 20, a **hacer una declaración excluyendo** los asuntos de Seguridad Social del ámbito del artículo 20.²⁷⁵ La igualdad de trato en materia de Seguridad Social implica la **ausencia de**

²⁶⁹ Anexo a la Carta Social Europea (revisada) – Serie de Tratados Europeos – No. 163

²⁷⁰ Conclusiones XVI-2 (2004), Grecia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁷¹ Conclusiones XVI-2 (2004), Grecia, Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁷² Conclusiones 2012 Bosnia y Herzegovina; Conclusiones XVII-2 (2005), Países Bajos (Aruba), Artículo 1 del Protocolo Adicional

²⁷³ 2106 Conclusiones 2012, Georgia

²⁷⁴ Conclusiones 2002, Italia

²⁷⁵ Conclusiones 2002, Italia

cualquier discriminación por razón de sexo, en particular en cuanto al **alcance de los regímenes**, las **condiciones de acceso** a los mismos, **el cálculo de las prestaciones** y la **duración del derecho** a se refiere a los beneficios.²⁷⁶

La discriminación que infringe la Carta está constituida por **una diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un fin legítimo y no se basa en motivos objetivos y razonables**²⁷⁷.

²⁷⁶ Conclusiones 2012, Federación Rusa

²⁷⁷ Sindicato nacional de profesiones del turismo c. Francia, Demanda No. 6/1999, decisión sobre el fondo del 10 de octubre de 2000, §25.

- APLICABILIDAD DIRECTA DE LA CSE EN LA DOCTRINA RECIENTE DEL TS

STS 28/03/2022. RCU 471/2020. Ponente: Excmo. Sr. Antonio V. Sempere Navarro.

STS 11/05/2022. RCU 421/2022. Ponente: Excma. Sra. María Luz García Paredes

CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES: el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común, por lo que su extinción una vez transcurrido el tiempo máximo de su duración ordinaria no es subsumible en el art. 49.1 b) ET, debiendo observarse el plazo de preaviso contemplado en el art. 53.1.c) ET por analogía entre la causa por la que se admite el desistimiento empresarial y el despido objetivo, por cuanto si se exige preaviso para la dimisión del trabajador también ha de aplicarse al desistimiento cuando el período de prueba se extiende más allá del adecuado para su genuina finalidad, en atención a su propia validez constitucional basada en su funcionalidad diversa de la genuina del período de prueba lo que exige una contraprestación analogía y concordancia con el plazo de preaviso «razonable» contemplado en la Carta Social Europea

"Incidencia de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821) .

Descartada la oposición del contrato de apoyo a emprendedores y de su periodo de prueba anual tanto a la Constitución cuanto al Derecho de la Unión Europea (como hemos expuesto), hemos de advertir que tampoco cabe hablar de oposición a la CSE por parte de ambas figuras. Lo único que está en juego, sin que ello minimice la enjundia de la cuestión, es si sería exigible un plazo de preaviso razonable cuando el empleador desiste del contrato en casos como el presente.

1. La norma cuya infracción se denuncia.

A) La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436) (CSE) fue ratificada por España el 6 de mayo de 1980, mediante Instrumento de 29 de abril (BOE 26 junio 1980) y entró en vigor para nuestro país el 5 de junio de ese mismo año.

La Parte II de la CSE contiene un rico contenido de derechos laborales y sociales, introducidos por la regla general conforme a la cual "Las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes". Dentro de esa Parte II se encuentra el artículo 4º, sobre "derecho a una remuneración equitativa"; como una de sus manifestaciones, los Estados se comprometen "a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de la relación laboral" (apartado 4). El citado artículo cuarto finaliza disponiendo que "el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse mediante convenios colectivos libremente concluidos, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales". Asimismo, en el Anexo se advierte que el artículo 4.4 "se interpretará en el sentido de que no prohíbe un despido inmediato en caso de infracción grave". La ratificación española a la CSE originaria no contiene reserva alguna sobre ese artículo.

B) La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación hasta el 29 de abril de 2021 (BOE 11 junio 2021). En BOE 8 de junio de 2021 aparece asimismo el Instrumento Internacional ratificando el Protocolo Adicional estableciendo un sistema de reclamaciones colectivas. La CSE revisada y el Protocolo entraron en vigor el 1 de julio de 2021.

En la Parte V de la CSE (revisada) se prescribe que "Las disposiciones de la presente Carta no afectarán a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas".

C) Las dos reseñadas cuestiones (sistema de reclamaciones colectivas; declaración de la Parte V) son inaplicables, por razones cronológicas a nuestro caso, dado que el desistimiento impugnado acaece el 30 de enero de 2019.

Pero no debe olvidarse que tanto las previsiones constitucionales (art. 96) cuanto las reglas sobre la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (RCL 2014, 1579), de Tratados y otros Acuerdos Internacionales muestran que "Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes" (art. 30.1).

D) Por otro lado, la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (RTC 2019, 10) (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (RTC 2019, 35) (FJ 2º), 36/2019 (RTC 2019, 36) (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019 (RTC 2019, 87)].

E) Puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, 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.

2. Virtualidad del artículo 4.4 CSE.

Debemos recordar que, en el momento de producirse la terminación del contrato de trabajo de la recurrente, la CSE reconocía "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo"; que el ejercicio de tal derecho debe asegurarse mediante convenios colectivos "o mediante cualquier otro procedimiento adecuado"; que no es posible reconducir el desistimiento enjuiciado a la categoría habitualmente activada; que no hay una regulación específica de tal negocio jurídico en el contrato de apoyo a emprendedores.

No siendo adecuado trasladar al caso el régimen común del desistimiento durante el periodo de prueba, la previsión del artículo. 4.4 de la CSE actúa como un resorte interpretativo auxiliar. Su remisión a los convenios colectivos puede inducir a pensar que no estamos ante una norma aplicable sin esa intermediación. Sin embargo, vale la pena recalcar la excepcionalidad del supuesto examinado y la interpretación del CEDS sobre incompatibilidad de la Ley 3/2012 con el artículo 4.4 de la CSE.

Habida cuenta de que la intermediación que la CSE interesa no se dirige en exclusiva a los convenios colectivos y de que la interpretación concordante de las normas nacionales e internacionales constituye una exigencia de la unidad del ordenamiento (art. 9.1 CE (RCL 1978, 2836)) consideramos que el precepto en cuestión opera como un relevante apoyo de la conclusión a que hemos accedido en el Fundamento anterior.

Siendo la observancia de tal plazo de preaviso concorde con la identidad de la causa extintiva manifestada en forma de desistimiento, constituye un apoyo para nuestra conclusión el que con esta interpretación integradora (catalogable como "procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales") nuestro ordenamiento deje de estar confrontado con las exigencias del artículo 4.4 CSE, tal y como estimara el CDES.

Las reservas sobre aplicabilidad directa de la CSE antes de ratificar su versión revisada o la utilización de un concepto indeterminado para aludir al plazo de preaviso deben ser superadas por todos los argumentos expuestos. Como cualquier otra norma, la CSE forma parte del ordenamiento jurídico, y ha de interpretarse en concordancia con las restantes, no de forma aislada.

De este modo, cuando la misión legal y constitucionalmente asignada al periodo de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores (que la empresa pueda comprobar la viabilidad del puesto de trabajo creado) desemboca en un resultado negativo, el empleador puede desistir libremente de la relación laboral. Ahora bien, la analogía con el régimen propio del despido objetivo y la sintonía de esa facultad con la exigencia de la CSE invita a considerar exigible el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c ET (RCL 2015, 1654).

DÉCIMO.-

Resolución.

1. Unificación doctrinal.

A la vista de cuanto antecede concluimos que el periodo de prueba anual del contrato de apoyo a emprendedores y el desistimiento empresarial acorde con esa funcionalidad específica poseen naturaleza especial, siendo inaplicable la construcción común. En este caso debe observarse el plazo de preaviso contemplado en el artículo 53.1.c) ET (RCL 2015, 1654) por varias razones: analogía con el despido objetivo; concordancia con el plazo de preaviso "razonable" contemplado en la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821); cumplimiento de buena fe de los derechos y obligaciones contractuales; ajénidad del contrato de trabajo.

La doctrina que ahora acuñamos no afecta al desistimiento durante el periodo de prueba ordinario, con duración acorde a su finalidad paradigmática. Tampoco a los supuestos en que, pese a haberse celebrado un contrato de apoyo a emprendedores, el desistimiento empresarial acaezca dentro de los límites ordinarios de su duración. "

UNIFICACIÓN DE DOCTRINA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL TS

STS 29/03/2022. RCU 2142/2020

DESPIDO POR ABSENTISMO: el derogado art. 52 d) ET no vulneraba, como declaró el TC en su Sentencia 118/2019, de 16 octubre, el derecho fundamental a la integridad física y moral al responder al objetivo legítimo de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, sin que con esta medida se afecte a la salud o recuperación del trabajador afectado ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración; ni el art. 6 del Convenio 158 OIT que permite que el legislador nacional pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo; ni los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 OIT, por no acreditarse que posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, cause a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud; ni el art. 3 de la Carta Social Europea, vigente a la fecha del cese, que permitía el despido cuando existan razones válidas para ello relacionadas con las aptitudes o la conducta del trabajador, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio; ni por último el art 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que no establece protección superior a la CE, y el hecho de que el TC no se pronunciara expresamente sobre este extremo en dicha Sentencia, supone su rechazo al no haber avalado el Pleno el voto particular que así lo consideraba

"CUARTO.-

1.- La atribución del control de convencionalidad a la jurisdicción ordinaria ya se preveía en la sentencia del TC nº 49/1988, de 22 marzo (RTC 1988, 49), F. 14: "Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de la Disposición adicional segunda (de la Ley 31/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1985y RCL 1986, 951)) es o no contrario a lo previsto en el Convenio (con la Santa Sede), es decir, la adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal".

La sentencia del Pleno del TC nº 140/2018, de 20 diciembre (RTC 2018, 140), F. 16, lo expresa con claridad: "el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE (RCL 1978, 2836), que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso."

Posteriormente, el TC ha reiterado que "los tribunales ordinarios puedan declinar la aplicación de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional [...] el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria" (sentencia del TC nº 120/2021, de 31 mayo (RTC 2021, 120), F. 3, entre otras). Aunque el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) fue derogado, debemos realizar el control de convencionalidad de ese precepto porque su derogación no tuvo efectos retroactivos.

2.- El ET de 10 de marzo de 1980 (RCL 1980, 607) regulaba en su art. 52.d) el despido por absentismo justificado e intermitente en términos semejantes al art. 52.d) del ET de 1995 (RCL 1995, 997) vigente en la fecha del despido de autos.

El Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683) fue ratificado por España mediante el Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 11 de noviembre de 1985. El Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) fue ratificado por España el 26 de abril de 1985.

En el prolongado lapso temporal transcurrido desde la ratificación de dichos convenios (en el año 1985) hasta la derogación del art. 52.d) del ET (en el año 2020), reiterados pronunciamientos del TS han resuelto recursos de casación aplicando esa norma. Hemos declarado la procedencia de despidos objetivos por absentismo, sin que este tribunal, en cumplimiento del control de convencionalidad, al seleccionar la norma aplicable, haya considerado que el art. 52.d) del ET fuera contradictorio con los tratados internacionales ratificados por España. Entre los pronunciamientos más recientes pueden citarse las sentencias del TS de 19 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1517), recurso 10/2016; 23 de junio de 2020 (RJ 2020, 2826), recurso 233/2018; y 17 septiembre de 2020 (RJ 2020, 3999), recurso 2112/2018. Las dos últimas son posteriores a la mentada sentencia del TC nº 140/2018 (RTC 2018, 140), que atribuye con claridad a la jurisdicción ordinaria el control de convencionalidad.

QUINTO.-

1.- Debemos examinar si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) era contrario al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). La OIT dispone de mecanismos de control periódico de la aplicación de sus normas: la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y la Comisión tripartita de Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Un Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT examinó la reclamación de los sindicatos CC.OO. y UGT en la que imputaban al Gobierno de España que la reforma laboral realizada por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (RCL 2012, 147, 181), vulneraba, entre otros, los arts. 4 y 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) por la inclusión como causa de despido del absentismo. El citado comité argumentó:

"El Comité observa que en virtud del párrafo 2 del artículo 6 del Convenio la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o de lesión "serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio", es decir, en el caso de España, por la legislación nacional y las sentencias judiciales [...] El Comité considera que las modificaciones a las definiciones y a las limitaciones de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1."

El citado informe fue aprobado por el Consejo de Administración de la OIT en la 321.ª reunión, celebrada el 13 de junio de 2014.

2.- La sentencia del Pleno del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118) argumenta que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). A pesar de la claridad del pronunciamiento del Alto Tribunal, la sentencia recurrida rechaza su argumentación porque considera que se trata de un mero obiter dictum no vinculante debido a que el control de convencionalidad corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Hemos explicado que la sentencia del Pleno del TC nº 140/2018 (RTC 2018, 140) declaró la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados. Pero introduce una precisión: el TC puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios para garantizar que no incurren en error. Por ende, la atribución a la jurisdicción ordinaria del control de convencionalidad en modo alguno supone que el TC no pueda examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, debiendo hacer hincapié en que las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces y tribunales (art. 5.1 de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635)).

El TC se pronunció expresamente en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548), sin que dicho pronunciamiento del tribunal de garantías constitucionales pueda considerarse un mero obiter dictum.

3.- Esta sala debe reiterar los argumentos de la citada sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118) y del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. El despido por absentismo que estaba regulado en el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). Ese precepto permite que el legislador nacional, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, pueda establecer limitaciones a la regla general que excluye que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión constituya una causa justificada de terminación de la relación de trabajo. El apartado 2 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) limita sustancialmente el alcance de esta norma y de las garantías derivadas de ella, lo que permita la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento del art. 52.d) ET.

Hay que diferenciar:

1) El art. 4 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548) establece una regla general: "No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio."

2) La concreción de dicha regla general se encuentra en los arts. 5 y 6 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548). Estos preceptos distinguen:

a) El art. 5 menciona cinco supuestos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato: ejercicio de la libertad sindical, ejercicio del derecho a ser representante de los trabajadores, garantía de indemnidad, discriminación y ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

b) Por el contrario, el art. 6 regula en un precepto diferente la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio, remitiéndose expresamente a la legislación nacional o a los contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales.

Debemos concluir que el art. 52.d) del ET no era contradictorio con el art. 4 del Convenio 158 de la OIT (RCL 1985, 1548), que permite la extinción del contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, lo que incluye la defensa de la productividad.

SEXTO.-

1.- A continuación, debemos examinar si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) era contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683), que imponen a los Estados miembros adoptar una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud. Dicha política debe tener en cuenta diferentes esferas de acción relativas a los componentes materiales del trabajo, relaciones entre esos componentes y los trabajadores, formación, cooperación y protección de los trabajadores y de sus representantes contra toda medida disciplinaria resultante de acciones emprendidas justificadamente por ellos.

La mencionada sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118) rechaza que el art. 52.d) del ET vulnere el derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 de la CE.

2.- Los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683) no establecen un nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores distinto al que resulta de aquellos preceptos constitucionales, por lo que esta sala, por un elemental principio de seguridad jurídica, debe concluir, en el mismo sentido que la referida sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118), que la regulación del art. 52.d) del ET respondía a la finalidad legítima consistente en evitar el incremento de los costes empresariales, con fundamento en la libertad de empresa, sin que se haya probado que efectivamente fuera contradictorio con los arts. 4 y 5 del Convenio 155 de la OIT (RCL 1985, 2683), que imponen una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores. No se ha acreditado que la posibilidad legal de despedir a los trabajadores con una indemnización extintiva inferior a la prevista para el caso de despido improcedente, efectivamente causara a los trabajadores un perjuicio real y efectivo en su seguridad y salud.

SÉPTIMO.-

1.- Seguidamente, debemos examinar la adecuación del art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) al art. 3 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436, 1821). El art. 96.1 de la CE (RCL 1978, 2836) establece que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno [...]".

La sentencia recurrida aplica el art. 3 de la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. Dicha Carta fue firmada por España el 23 de octubre de 2000 pero la necesidad de adaptar la legislación española pospuso su ratificación. Se ratificó el 29 de abril de 2021 y se publicó en el BOE de 11 de junio de 2021, con posterioridad al despido enjuiciado en esta litis (producido el 3 de enero de 2019) y a la derogación del art. 52.d) del ET por el Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero (RCL 2020, 241).

2.- No cabe declarar la improcedencia de un despido aplicando un tratado internacional que no había sido ratificado ni publicado en el Boletín Oficial del Estado en el momento de la extinción del contrato de trabajo porque dicho tratado no formaba parte del ordenamiento interno y ello vulneraría la seguridad jurídica garantizada por el art. 9.3 de la CE. El despido debe calificarse de conformidad con las normas jurídicas aplicables en la fecha de la extinción contractual.

3.- La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) de octubre de 1961, ratificada por España el día 29 de abril de 1980, vigente en la fecha del despido, se limitaba a reconocer, en su art. 3, el compromiso de las partes contratantes de promulgar reglamentos de seguridad e higiene; tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos; y consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo. El art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) no era contrario a ese precepto.

4.- A mayor abundamiento, la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) (revisada) regula el despido en su art. 24, no en el art. 3. El art. 24 admite el despido cuando existan "razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta (del trabajador), o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio".

La Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) no establece un derecho a la seguridad e higiene en el trabajo con un contenido distinto del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 de la CE (RCL 1978, 2836) en relación con el derecho de los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo del art. 40.2 de la CE (RCL 1978, 2836).

Por ello, este tribunal debe concluir, de conformidad con la mencionada sentencia del TC 118/2019 (RTC 2019, 118), que no contradecía el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo previsto en la Carta Social Europea (RCL 1980, 1436 y 1821) el despido regulado en el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654), que excluía del cómputo del absentismo las faltas de asistencias debidas a accidentes de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, enfermedades o accidentes no laborales cuando la baja tenía una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género o cuando se tratase del tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

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.

OCTAVO.-

1.- Por último, debemos examinar la alegación consistente en que el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba el art. 11 de la CEDAW (RCL 1984, 790), que prohíbe la discriminación contra las mujeres.

La sentencia recurrida acoge la tesis de uno de los votos particulares de la mentada sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118) relativa a que el despido por absentismo suponía una discriminación indirecta por razón de sexo porque los datos estadísticos evidencian un mayor impacto en las mujeres que en los hombres en las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal.

2.- Esta argumentación no opera en el plano de la mera legalidad sino en el relativo a la vulneración de derechos fundamentales. Por eso fue abordado en el citado voto particular de la sentencia del TC. La CE (RCL 1978, 2836) prohíbe la discriminación por razón de sexo en su art. 14. El art. 10.2 de la CE (RCL 1978, 2836) establece que "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."

3.- La sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118) no se pronuncia expresamente acerca de si el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo. Sin embargo, uno de los votos particulares afirma que sí que la infringe.

El art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (RCL 1979, 2383) establece que "los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación."

Por consiguiente, en la deliberación del Pleno, la Magistrada del TC autora del voto particular, defendió que el art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo, sin que la mayoría de los Magistrados estuvieran de acuerdo con ella.

A pesar de la falta de un pronunciamiento expreso de la sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118), debemos concluir que la citada resolución del intérprete supremo de la Carta Magna ya se ha pronunciado en el sentido de que el art. 52.d) del ET no era contrario a la prohibición de discriminación por razón de sexo prevista en la CE (RCL 1978, 2836). En caso contrario, el TC no hubiera declarado que esa norma era conforme con la CE (RCL 1978,

2836) y la tesis defendida en la deliberación que era favorable a que se declarase la existencia de discriminación, se hubiera impuesto.

El art. 11 de la CEDAW (RCL 1984, 790) no proporciona un estándar de protección distinto del que proporciona la Carta Magna, por lo que se trata de una controversia que debe considerarse resuelta por la sentencia del TC nº 118/2019 (RTC 2019, 118).

4.- Esta sala no puede contradecir dicho pronunciamiento del TC, so pena de causar un grave perjuicio a la seguridad jurídica. Los argumentos del citado voto particular, que hace suyos la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, no fueron asumidos por el Pleno del TC, lo que obliga al TS a concluir que el objetivo legítimo que perseguía el despido por absentismo del art. 52.d) del ET (RCL 2015, 1654) de proteger la productividad de la empresa y la eficiencia en el trabajo, con fundamento en la libertad de empresa del art. 38 de la CE (RCL 1978, 2836), no vulnera los derechos fundamentales regulados en la Carta Magna, que incluyen el derecho a no ser discriminado por razón del sexo. La estimación del primer motivo del recurso hace irrelevante el examen del segundo".