Número 233

Mayo 2022

JURISDICCIÓN SOCIAL

Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia

Juezas y Jueces *para la* Democracia

Editorial

Artículos

Legislación

Negociación colectiva

Jurisprudencia

Organización Internacional del Trabajo

Administración del Trabajo y Seguridad Social

El rincón de la contracultura

Carta social europea

ÍNDICE

CONSEJO
DE REDACCIÓN
Belén Tomas Herruzo
José Luis Asenjo Pinilla
Ana Castán Hernández
Carlos Hugo Preciado Domènech
Jaime Segalés Fidalgo
Domingo Andrés Sánchez Puerta
Amaya Olivas Díaz

COORDINACIÓN
Janire Recio Sánchez
Fátima Mateos Hernández

CONSEJO
ASESOR EXTERNO
Antonio Baylos Grau
José Luis Monereo Pérez
Cristóbal Molina Navarrete
Margarita Miñarro Yaninni
Francisco Alemán Páez
Olga Fotino poulou Basurko
Juan Gómez Arbós
Ana Varela
Raúl Maillo

DISEÑO Y MAQUETACIÓN
Teresa Compairé

IMÁGENES
freepik.es
Wikipedia

ISSN
ISSN 2695-9321
Jurisdicción social

EDITADO POR
Juezas y Jueces
para la Democracia

EDITORIAL

ARTÍCULOS
Constructivismo laboral
Florentino EGUARÁS MENDIRI

El protocolo de reclamaciones colectivas
de la carta social europea
Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH

LEGISLACIÓN
Estatal
Europea
Autonómica

NEGOCIACIÓN COLECTIVA
Estatal
Autonómica

JURISPRUDENCIA
Tribunal Constitucional
Tribunal Supremo
Tribunales Superiores de Justicia
Juzgados de lo social
Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tribunal Europeo de Derechos Humanos

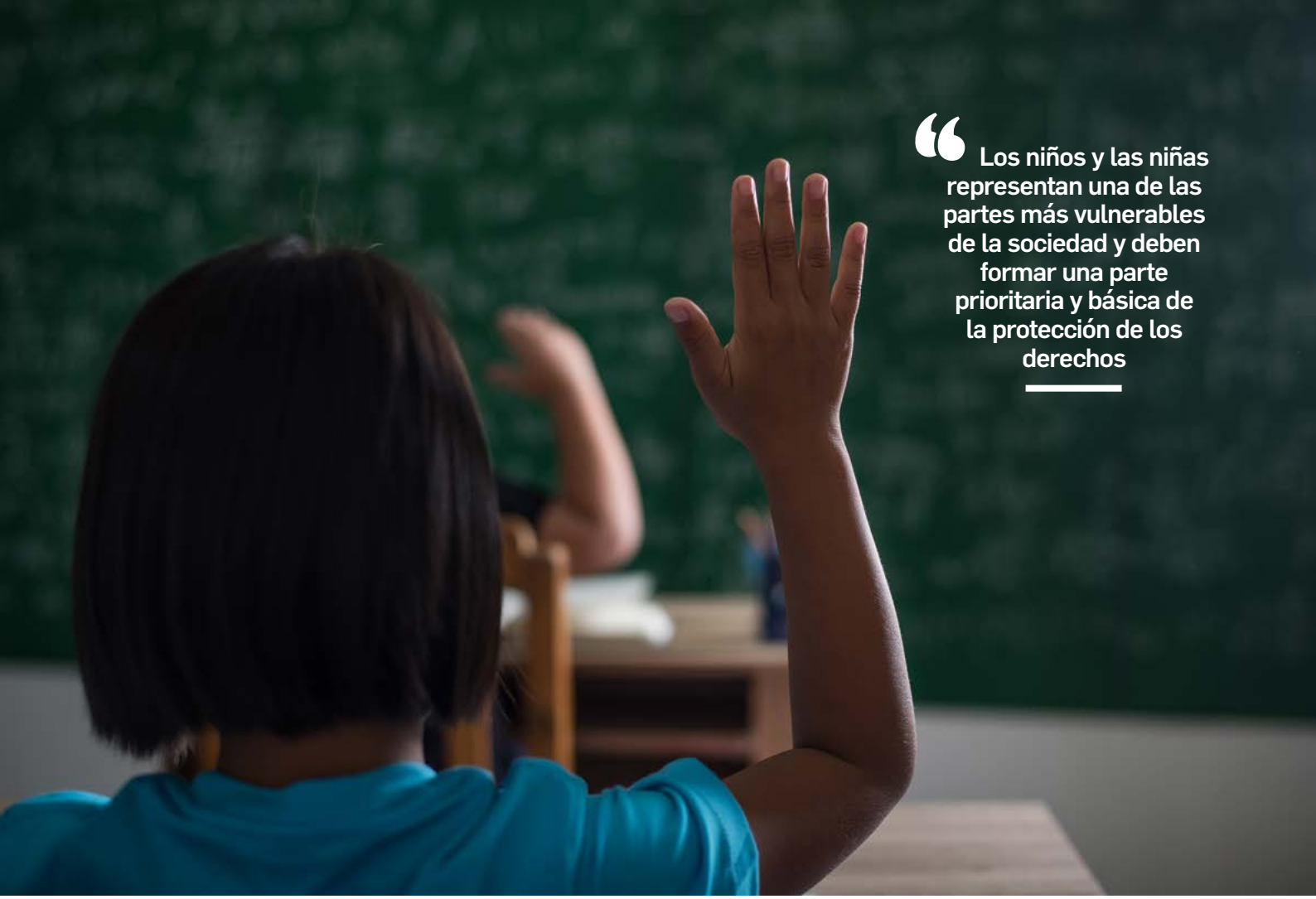
**ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL
DEL TRABAJO**

**ADMINISTRACIÓN DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL**

EL RINCÓN DE LA CONTRACULTURA

CARTA SOCIAL EUROPEA

Portada Obra de: José Enrique Medina Castillo



> Los niños y las niñas representan una de las partes más vulnerables de la sociedad y deben formar una parte prioritaria y básica de la protección de los derechos

FOTO: jcomp/freepik.

EDITORIAL

Termina mayo con noticias que a nivel internacional nos conmueven y nos muestran la importancia que tienen siempre los derechos sociales.

Así, la reciente matanza de 11 niños en una escuela en Texas, pone nuevamente en evidencia la legislación estadounidense en materia de tenencia y posesión de armas y nos recuerda que los niños y las niñas representan una de las partes más vulnerables de la sociedad, que deben formar una parte prioritaria y básica de la protección de los derechos como señala el punto 7 de la parte I de la Carta Social Europea cuando dice que “Los niños y los adolescentes tienen derecho a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos”.

Así, este texto internacional nos recuerda como los principios y los valores que configuran los derechos tienen que ser siempre un papel importante en esta rama social del derecho.

Y son estos valores y principios los que, precisamente, impulsan a nuestro compañero Florentino Egueras de la Sala del País Vasco (recogiendo el guante que nos lanzó nuestro colaborador J. Coscubiela en marzo), a contarnos, qué es según su punto de vista, el constructivismo laboral. Un artículo que, aunque como dice el mismo Florentino "se le ve desde el panizo", creo que os removerá poniendo sobre la mesa varias cuestiones no exentas de polémica.

Seguimos con un texto de Carlos Preciado que esta vez, además de regalarnos un artículo de la Carta Social Europea comentado, nos expone en un sistemático y fundamentado trabajo, cómo funciona el Protocolo de reclamaciones colectivas de las Carta Social Europea establecido en un protocolo a la propia carta del año 1995 y ratificado por España el verano pasado.

En materia de Sentencias y en la tónica de este mes de mayo, contamos con dos sentencias de la Sala del País Vasco muy interesantes. La primera, directamente relacionada con la pandemia (de la que parece estamos saliendo mientras escribo estas líneas), que nos recuerda, que los y las trabajadoras tienen derecho a no vacunarse, y que una represalia en este sentido puede convertir nulo un despido. La segunda, aplica la teoría de los frutos del árbol envenado a la prueba obtenida por el empresario para sancionar con un despido a un trabajador, requiriendo sospecha previa para vigilar sus movimientos.

También contamos con una sentencia de Madrid relativa a una indemnización por acoso laboral, y por último y enlazando con el comienzo de este editorial una interesante sentencia sobre conciliación de un Juzgado de A Coruña donde la magistrada nos recuerda que el derecho a conciliar tiene un carácter constitucional y transversal, y guarda su razón última en los derechos de la infancia y la adolescencia.

Para concluir en el Rincón de la conTracultura, nuestro dúo de colaboradores nos hace propuestas muy interesantes tanto en el campo del cine como de la música que esperamos sean de vuestro agrado.

CONSTRUCTIVISMO LABORAL

Florentino EGUARÁS MENDIRI
Magistrado del Tribunal Superior
de Justicia del País Vasco, Sala Social

0. Aproximación

Joan Coscubiela en el número 231 de la Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia expresaba en su artículo "Tra il BOE, il giudicare", al comentar la reforma laboral operada en el Real Decreto Ley 32/2021 su deseo de que la jurisprudencia iniciase un progresivo cambio de tendencia para recuperar algunos de los conceptos y principios básicos del carácter tuitivo del derecho del trabajo; y decía que a raíz de la reforma laboral a los tribunales de lo social les iba a tocar una importante tarea, ampliando al máximo las potencialidades de la reforma legislativa.

Ante tales palabras nos preguntamos ¿pero es que la función judicial no es la juzgar y ejecutar lo juzgado que dicen los arts. 117 CE y 2 de la LOPJ? ¿Hay algo más en la actividad de los jueces que pueda conducir al Sr. Coscubiela a mandarnos ese mensaje?

Intentaremos en el presente comentario adentrarnos en la actividad judicial que hoy en día realizan los jueces laborales y deducir qué concepción de la jurisdicción laboral puede responder a la confianza del autor indicado y, en su caso, satisfacer sus deseos.

1. Algunos datos históricos y biográficos

La función judicial moderna la podemos radicar institucionalmente en la formulación que realizó Montesquieu en el "Del Espíritu de las Leyes", cuando en el libro XI, capítulo VI, escribía que "en cada estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de los asuntos que dependen del derecho de gentes

y el poder ejecutivo de los que dependen del derecho civil… Por el tercero, castiga los delitos o juzga las diferencias entre particulares. Llamaremos a este poder judicial, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado". Nos estamos refiriendo con esta mención a la conocida fuente doctrinal de la división de poderes en la que se apoya la construcción didáctica de los Estados modernos.

A partir de los postulados de Montesquieu se alude en la teoría política de los ordenamientos estatales modernos a los tres poderes del Estado: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. El desarrollo temporal de cada uno de estos poderes, su auge y decaimiento, ha variado en el tiempo, y esta variación es la manifestación de su diversa hegemonía diacrónica que ha fluctuado de una época a otra.

El proceso evolutivo de cada poder ha implicado la diferencia de su incidencia respectiva que socialmente podemos diferenciar en las distintas épocas. Procuraremos en este trabajo ceñirnos al poder judicial dejando al margen a los otros poderes, el parlamentario y ejecutivo. Si bien tomamos consciencia de que el diseño inicial de Montesquieu fue el de articular un sistema de contrapesos de fuerza entre ellos para que ninguno de los poderes presentase una prevalencia incontrolable respecto al resto.

La actividad jurisdiccional de la era contemporánea se inicia en las concepciones positivistas mediante las cuales se pretendió dotar de seguridad y claridad al derecho y con ello al conjunto de la sociedad. Una de las manifestaciones de tal intento de ordenación de los cometidos judiciales, fue el de primar e identificar las resoluciones judiciales como un razonamiento lógico deducido de la ley. Exponente de tal criterio fue Cesare Beccaria que en su libro "De los Delitos y de las Penas" escribía en el capítulo IV "…En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Se pondrá como (premisa) mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre". En definitiva, se identifica para este autor al juez con las sentencias y estas se configuran exclusivamente como la definición de los hechos que se subsumen en el derecho. Los hechos los conforma el juez, el derecho le viene predeterminado, y en su actividad judicial el juez solo debe encajar aquellos en este.

Estos son los inicios doctrinales de nuestro actual sistema judicial. Respecto al primer autor –Montesquieu- y su concepción política del Estado nada vamos a referir aquí en cuanto que la materia que aborda es más propia de estudio por el derecho constitucional o la politología que por una rama del derecho como es el derecho laboral. Por ello, pondremos mayor interés en el segundo de los juristas citados, C. Beccaría, pues se está refiriendo expresamente en su libro a la acción y actividad judicial, que es a lo que nos dedicamos los integrantes de la Asociación que publica la revista para la que escribo el presente artículo.

Tanto Montesquieu como Beccaria pertenecían a la nobleza, dato que resaltamos porque ya nos sirve para acercarnos al tema que tratamos y ubicar estamentalmente a los constructores y artífices intelectuales del sistema judicial que impera

hoy en día. Reformistas y estudiosos ambos, los dos autores son la plasmación de un paradigma deductivo de sus ideas, de una construcción iluminista desde el saber racional que se proyecta sobre y ordena la vida de los iletrados. Son nuestros escritores creadores ex parte principi y no ex parte populi. Son fruto de la academia y no de la sociedad. Son diseñadores desde arriba hacia abajo, realizan la arquitectura de lo ideal para aplicarlo a la realidad.

Es importante conocer que Cesare Bonesana, Beccaria, es el autor de una obra revolucionaria dentro del derecho penal, pero cuya elaboración fue una simple casualidad. Pertenecía nuestro jurista al grupo de los llamados la Academia de los Puños, colectivo que deliberaba sobre materias políticas y económicas, siendo sus integrantes encargados de realizar estudios de algún tema específico. Nuestro noble amigo recibió el encargo de formular una valoración del sistema penal de la época, para lo cual llevó a cabo una investigación del mismo, de su normativa y de la aplicación que de la misma se realizaba. Su demora en la conclusión de su encomienda supuso que fuese requerido permanentemente por sus compañeros para que terminase su estudio. Una vez concluida su obra fue de una inesperada repercusión, probablemente por la sencillez y claridad con la que puso de manifiesto las nuevas bases de un derecho penal moderno. Lo escrito por el autor postula un esquema jurisdiccional fruto de la juventud y la celeridad, del apremio y la aproximación a un eje principal de inquietud intelectual común de rechazo contra el Ancien Régime que era el que regía en el derecho penal.

No nos interesan ahora los principios penales que se desprenden del conjunto de su obra, sino su criterio exageradamente positivista y que puede ser expresado en la regla nullum crimen, nulla poena sine praevia lege. Aunque la expresión latina la creó Von Feuerbach, el principio de legalidad que expresa fue ideado por nuestro escritor italiano, en el que hemos visto que su concepción de la actividad judicial es la propia de un método llamado técnicamente de deferencia, en el que la ley es la única fuente jurídica, y en caso de existir más fuentes prima la ley ante cualquier otra; en esta concepción el juez es un simple lector y transcriptor de la misma norma, que a la hora de su aplicación se considera que no engendra problema alguno.

La certeza de las relaciones jurídicas que supone el positivismo, introduciendo una notable seguridad en el mundo social y del derecho, es de un valor innegable. Frente a la dispersión y pluralidad de las normas escritas o consuetudinarias la ley oferta claridad, disipando dudas sobre la fuente creativa de los derechos y obligaciones y sobre su contenido y extensión. Aleja las arbitrariedades y discrecionalidades de la aplicación de las normas.

La claridad, sin embargo, no es ni equiparable ni se identifica con la aseveración o reafirmación de la ley por los jueces. El positivismo hace girar el derecho sobre la ley, creada por el parlamento o por el ejecutivo, prescindiendo del resto de elementos y fuentes generadores del derecho. En la base de su concepción se encuentra el pretender eludir y excluir de la creación e interpretación generativa del derecho al resto de agentes jurídicos y más específicamente a los jueces. Para la visión dogmática y exegética del derecho los jueces son simples redactores y reproduc-

tores en el caso enjuiciado de la particularidad de la ley abstracta y universal que previamente han materializado subsumiendo los hechos juzgados en la ley. Para el positivismo la función judicial sí es la de aseverar el contenido de la ley.

El llamado juez napoleónico es el que responde a este esquema discursivo. Los hechos los configura el juez, la norma le viene determinada y exclusivamente debe ser su actividad la de moldear los datos en la ley. Si bien éste esquema teóricamente puede ser defendido, en la realidad no es sino una elucubración teorética ajena a lo que en la práctica es la actividad judicial.

En las siguientes líneas procuraremos abordar el que denominamos constructivismo laboral. Con esta terminología queremos atender a lo que nos parece una realidad ineludible, y con la que pretendemos expresar que los jueces laborales somos un elemento constructivo del derecho del trabajo. Nuestra actividad no es exclusivamente juzgar, y somos partícipes y agentes de la creación del derecho laboral. Esta premisa de la que partimos obliga a definir nuestra función y a dotarle de contenido a nuestra actividad, variando los criterios tradicionales con los que abordamos nuestra labor jurisdiccional. Vamos a proponer un cambio de mentalidad en los jueces y de ubicación de los mismos en la rama del derecho laboral. Buscamos una visión finalista de nuestra función, la que, eso sí, encuadramos en el derecho laboral.

Con el constructivismo laboral las palabras que hemos referido de Joan Coscubiela en el numeral 0 de este comentario alcanzarán sentido y podremos dar una respuesta a sus inquietudes.

Nuestra “premisa” de partida es la particularidad con la que cuenta el derecho del trabajo. Esta rama jurídica goza y participa de tal especialidad frente al resto del derecho que requiere no solo una jurisdicción especializada como es la nuestra, sino un apoyo conceptual concreto y nuevo de la función jurisdiccional de los tribunales laborales.

Aquí, me declaro asenjista. Ha sido el paciente, enriquecedor y generoso magisterio durante muchos años del magistrado José Luis Asenjo el que me ha llevado a concebir la acción judicial laboral más allá de la simple actividad jurisdiccional.

Los jueces somos un continuo de las relaciones laborales, estas no se detienen cuando llegan a la puerta de los tribunales, sino que siguen en ellos y continúan después del enjuiciamiento de los procesos judiciales en una dinámica fluida que retorna al mundo de las relaciones de trabajo. Los juzgados laborales son un eslabón más de la construcción del derecho laboral, hay un continuum laboral que no se suspende ni interrumpe cuando el conflicto de trabajo accede a la jurisdicción social.

Esta es la tesis que presentamos y pretendemos exponer, y con la que buscamos proyectar un nuevo sentir de la jurisdicción laboral, en la que los jueces no seamos algo ajeno al derecho del trabajo sino participes del mismo; agentes creadores y sujetos activos del derecho del trabajo. Cooperadores necesarios en las fuentes y en los instrumentos y herramientas propios del derecho laboral.

2. Sub sole nihil novi est

➤ ***Algunas referencias diacrónicas:*** El constructivismo no es el resultado de una invención ajena a las circunstancias que rodean al derecho hoy en día. Hic et nunc existen una pluralidad de movimientos jurídicos que nos conducen a la configuración del formato conceptual que presentamos, el que no nace al margen de ellos, sino íntimamente relacionado con los mismos, aunque como veremos no se identifica con ninguno de ellos. Aunque nos vamos a servir de los modelos imperantes en la teoría jurídica actual debemos puntualizar que la peculiaridad del derecho del trabajo respecto a su origen y evolución nos separará al final de las corrientes a las que vamos a aludir, aunque ellas nos conducirán a lo que llamaremos el constructivismo laboral.

Nuestra tesis es deudora y forma parte de la conocida formulación política que dice que el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX el del poder ejecutivo, y el XXI el tiempo de los jueces. Este aserto remarca el protagonismo de los tribunales en el ámbito constitucional y en el legal en el tiempo presente. Dos corrientes son exponentes de este protagonismo tanto en el marco constitucional como en el legal, y no son otras que el neoconstitucionalismo y el activismo judicial. Las dos nos sirven para apoyar en parte la tesis que sostenemos, en cuanto nos dotan de cierto componente simétrico con el devenir de la concepción moderna de la función judicial.

Durante el siglo XX los jueces en las dos esferas referidas, constitucional y legal, han adquirido una paulatina notoriedad que se refleja en su capacidad de modificar el ordenamiento supremo constitucional, y, en el plano de la legalidad ordinaria, de llegar a completar y modificar la ley o de facto derogarla.

Es la ruptura con el positivismo el inicio del tiempo de los jueces, y el momento en el que se gesta un nuevo paradigma en el que los tribunales alcanzan una iniciativa inesperada, pero lógica, dentro de la ideación del Estado legal de derecho, primero, y del Estado de derecho y social de derecho, después.

Los movimientos reactivos al dogma legalista habían surgido desde distintas concepciones. La jurisprudencia de los conceptos -intelectualismo jurídico- había terminado por abandonar el mismo derecho y sus fuentes de creación para centrarse en las construcciones jurídicas. El derecho se había convertido en un modelo abstracto y formal, donde los juristas diseñaban y atendían las estructuras e instituciones del derecho y su funcionamiento. Este es el tiempo en el que se formulan entidades lógicas que se auto-regulan y de las que se derivan las consecuencias jurídicas, centrándose la validez de los negocios jurídicos en su acomodo con la proposición jurídica de la que habían nacido.

Es la era de los profesores, de la Academia, del logicismo; se abandona la realidad, la sociedad, y a los receptores del derecho, sustituyéndolos por un método deductivo alejado del mundo físico.

Este formalismo positivo es contestado por las corrientes sociológicas que inten-

tan engarzar la sociedad con el derecho, huyendo del intelectualismo y buscando, unos, el fin del derecho, otros, su utilidad o interés –la jurisprudencia de intereses-, y, algunos, la investigación y la técnica jurídica.

Entre las corrientes contestatarias del positivismo destacamos el realismo que en USA nació a finales del siglo XIX como reacción al positivismo lógico. El centro de su ideario es que el derecho se centra en los jueces y su comportamiento, y la técnica y finalidad del derecho es la búsqueda de la previsión en su actuación. Esta predicción será el centro de la ciencia jurídica, que se relaciona directamente con la corriente filosófica americana por excelencia, el pragmatismo.

También el realismo se desarrolla en el continente, en la llamada corriente del realismo nórdico, que incide en el derecho como medio de predicción de las decisiones judiciales. Básicamente se sostiene por esta doctrina que aunque las decisiones judiciales no constituyen el derecho son los jueces los que fijan las normas que integran el derecho, pues las que no apliquen serán ajenas al mismo.

Esta pequeña síntesis histórica es el preludio de la realidad que se inicia a mediados y finales del siglo XX. No nace la nueva preocupación de los juristas modernos del análisis de las estructuras jurídicas sino de los planteamientos de los denominados casos difíciles. El estudio jurídico doctrinal se centra en determinar la posición del juez frente a aquellos casos en los que la solución no se atisba clara desde la ley y requiere la aportación de una batería de razonamientos que en algunos casos se separan de la misma norma aplicable. Es a través del análisis de las resoluciones judiciales conflictivas y de las tendencias o sesgos que muestran los jueces que se introducen en el estudio del derecho las decisiones judiciales, no per se sino como expresiones de algo novedoso y más complejo que la simple decisión de un supuesto necesitado de resolución. Se empieza a valorar que los jueces son una nueva fuente jurídica capaz de modelar el derecho positivo preestablecido.

Esta capacidad resolutoria de los jueces al margen del encorsetado sistema positivista implica y evidencia un amplio margen de disponibilidad del derecho por parte de ellos, que han pasado de ser simples lectores de la ley a participes del derecho.

Es en esta situación de protagonismo de los jueces dentro del derecho en la que nos enmarcamos y de la que partimos para abordar los dos fenómenos que pretendemos resaltar: el neoconstitucionalismo y el activismo judicial. Ambos son las manifestaciones resultantes de ese largo proceso contestatario al positivismo y nos van a servir de marco referencial para acercarnos a nuestra tesis del constructivismo.

El constructivismo lo referimos al derecho del trabajo, mientras que los otros dos conceptos se engarzan en la dinámica del derecho en general y más específicamente en el postulado de la prevalencia de la Constitución frente a la ley, el neoconstitucionalismo, y, en otro caso, la actitud del juez de proteger al ciudadano en sus derechos, preferencialmente los fundamentales, fijando un límite defensivo de la persona frente a las agresiones y las carencias asistenciales dentro de una so-

ciedad. En este último supuesto nos referimos genéricamente al activismo judicial.

De todas maneras, ya desde ahora significamos que nuestro concepto del derecho es el que lo define como una ordenación racional de la sociedad generalmente admitida por sus integrantes. Y con esta concepción queremos destacar que el derecho es y está en la sociedad, nace en ella y no sale de ella. Huimos de cualquier método o sistema interpretativo deduccionista y nos unimos al bando inductivo del derecho, que es el que considera que el derecho se crea de abajo arriba. Reivindicamos que el derecho sirve para la sociedad, no para un grupo de ella, y por ello nunca podrá ser el que se configura por los académicos o doctrinarios o por quienes detentan el poder social.

- *Neoconstitucionalismo:* esta corriente es el resultado de la evolución de los sistemas constitucionales que caracterizan la época contemporánea y el desarrollo que ha tenido el derecho en ella. La creación de unos tribunales constitucionales que interpretan la constitución y filtran las leyes desde la perspectiva de la constitución ha conducido a una relevancia de esta frente al resto de la legislación, al presidir la constitución no solo teóricamente sino de hecho la jerarquía normativa.

Se suele diferenciar el estado legal de derecho y el estado constitucional de derecho. Aquel es el que prima la ley como fuente del derecho, este es el que otorga la prevalencia fontal de la constitución en todas las instancias y formas jurídicas, superando el protagonismo de la ley. En la actualidad se remarca el valor de la constitución, que deja de ser programática o declarativa para constituirse en una auténtica fuente directa del orden jurídico, con una prevalencia efectiva frente al resto de las normas y con una aplicación directa en las relaciones jurídicas y, en definitiva, en el mundo social que en el mismo se presentan.

La pirámide normativa con el nuevo constitucionalismo ya no sólo es un esquema doctrinal y formal sino que se manifiesta como una vía doble de ascenso y descenso del derecho. El último y más nimio acto jurídico sube hasta la constitución y esta baja hasta el ínfimo elemento jurídico. Hay un efecto ascensor en el derecho que determina el que el inicio, centro y final de la ordenación jurídica sea la constitución, presente en todo negocio y en toda interpretación de los derechos. Es en esta ideación prioritaria de la constitución donde se muestra y encuadra la capacidad creativa de los tribunales, fundamentalmente constitucionales, que a través de sus resoluciones determinan el valor, validez y eficacia del resto de leyes y de la misma constitución. La importancia del actual constitucionalismo radica en la capacidad de los órganos judiciales encargados de interpretar la constitución para suplantar al legislador ordinario, al cual definen en su contenido material llegando, incluso, a su preterición real.

El enfoque neoconstitucional se caracteriza por dos rasgos: por un lado, por el protagonismo que adquieren los jueces a la hora de crear el derecho; y, de otro, por la prevalencia de la constitución dentro del sistema jurídico. La constitución se presenta como motor tanto de las decisiones judiciales como del desarrollo interpretativo de la legislación, y no sólo en la discusión de los denominados casos difíciles que no vienen resueltos por la ley, sino introduciéndose también en la dinámica

de las relaciones inter privatos. No otro significado tiene la teoría de la drittwirkung con la que se recalca en el plano horizontal, en las relaciones entre ciudadanos, la eficacia de los derechos fundamentales, los que se encuentran presentes en todas las expresiones jurídicas. Teoría está también que ha encontrado su desarrollo e implantación dentro del derecho laboral, donde se manifiesta en los llamados derechos **en** la empresa y en los **de** la empresa, aludiéndose con aquellos a los derechos fundamentales de los trabajadores, por su cualidad de tales que trabajan en un marco físico y relacional concreto; y, con estos, a los derechos fundamentales de la ciudadanía que también son reconocidos en el ámbito de la empresa y de la relación de trabajo.

Ya vemos que el neoconstitucionalismo tiene cabida en el derecho del trabajo, donde se materializa en la interpretación que se realiza de las relaciones de trabajo a través de la visión constitucional de estas. El enfoque legalista que prescinde de la implantación de la normativa constitucional en la relación laboral es una manifestación superada por el constitucionalismo moderno, que otorga prioridad a la constitución frente a cualquier otra norma que la omita y se introduce en la interpretación que de los derechos laborales realizan los jueces en el entorno empresarial; este se impregna de los derechos fundamentales constitucionales que tienen un contenido directo dentro del trabajo.

La prioridad de la constitución es el rasgo definitorio del constitucionalismo actual, y este se manifiesta en la actuación delimitadora del contenido de la constitución que los tribunales constitucionales realizan. Pero, no sólo son estos tribunales superiores los agentes constructores del moderno sistema jurídico, también tienen cabida en el constitucionalismo los jueces ordinarios. Estos no son ajenos a la eficacia directa de la constitución, y se muestran con una iniciativa propia para aplicarla y remarcar su vigencia dentro del hábitat del trabajo. El análisis de las relaciones laborales desde la óptica constitucional, implantando los derechos constitucionales donde tradicionalmente no se han considerado, es un medio e instrumento de generalizada apreciación judicial y supone la respuesta a la invocación de la constitución que se lleva a cabo por los sujetos del derecho del trabajo.

- *Activismo judicial:* Junto al constitucionalismo al que nos referimos encontramos otro concepto que a veces se mezcla o confunde con él. Se trata del activismo judicial. Su misma denominación hace referencia a una actitud o posicionamiento del juez. Es este término un descriptor del movimiento y dinamismo del sujeto referencial, que nos conduce a la descripción de aquella conducta de los jueces que se muestran alerta, inquietos y beligerantes frente al estatismo o quietud en el derecho.

La ambigüedad y diversidad conceptual que ha recibido el término activismo judicial ha implicado que en el mismo tengan cabida una pluralidad de formulaciones y delimitaciones de lo que se conoce como el juez activista. En Latinoamérica, por ejemplo, el activismo judicial se ha caracterizado por una interpretación tuitiva del ciudadano realizada por los jueces frente a los poderes fácticos, o frente a las

carencias de los sistemas públicos de protección social, reconociendo derechos de asistencia y protección pública donde la ley no los había establecido, o configurando las libertades políticas de los ciudadanos más allá de los límites legislativos.

En nuestra sociedad el juez activista se identifica con el juez protagonista o estrella, y en otros casos con el juez reivindicativo de los derechos de los más desprotegidos. Incluso se ha aludido con este término a aquellos jueces de izquierdas o progresistas, identificados con los que pretenden efectuar interpretaciones laxas de la ley, incluyendo en ella supuestos no contemplados.

Pero fuera de las interpretaciones subjetivistas indicadas, el activismo judicial se refiere a dos formas de entender el ordenamiento jurídico y al papel específico que los jueces desempeñan dentro del mismo. Nuevamente nos encontramos para definir el activismo judicial con la materialidad de los casos difíciles, pues en los ordinarios o sencillos la iniciativa judicial, al menos a priori, es limitada por cuanto que la aplicación de la norma no parece ofrecer una especial complejidad, quedando la razonabilidad jurídica del juez dentro de las previsiones y límites prefigurados por la legislación. Es en los casos de dificultad donde el juez activista cobra sentido y se le puede distinguir o descubrir, y es aquí donde se suelen diferenciar dos posicionamientos judiciales diferentes.

En los asuntos normativamente complejos podemos identificar, unas veces, a un juez que a la hora de decidir sobre la controversia presenta un perfil formal o rígido. Este juez es el que pretende aplicar el derecho conforme a los clásicos medios de interpretación del mismo, respetando el contenido de la ley y las facultades del legislador. Se trata de un juez riguroso con las previsiones legales que procura llevar a cabo una actividad de deferencia, respeto, de la ley, priorizando los principios formales y los contenidos que el legislador ha diseñado, descartando interpretaciones o contenidos que se extralimiten de lo expresamente previsto por el legislador o de lo que idealmente puede inferirse que estaba diseñado legalmente.

Frente al juez que se engarza en el sistema teórico de la división de poderes, y asume un rol aplicativo y riguroso del sistema legislativo, en el mismo activismo nos encontramos con otro tipo de juez que se define por su adaptabilidad y dinamismo, que prioriza frente a la legalidad textual la sustantividad y materialidad de la ley, y actúa con criterios informales y flexibles, que, por un lado, sustantivizan la constitución, con una visión neoconstitucionalista, en la que esta norma impregna la vida social; y, de otro, tiene presentes los contenidos axiológicos del derecho, de forma que para él imperan estos en su función y en el tratamiento que oferta de los casos, lo que justifica por ser un operador del derecho. Este nuevo juez activista se considera protagonista del derecho y formulador del mismo, concibe su función de manera creativa y lejos de un conformismo legislativo.

La máxima fiat iustitia, et pereat mundus –justicia con todas las consecuencias- la sustituye por la de ex facto oritur ius –el derecho nace del mundo-, y según los hechos que aprecia y la valoración que hace de los mismos aplica el derecho, entendiendo dentro de este no solo la ley sino todos aquellos derechos derivados de

un orden superior que será en unos casos la constitución y en otros la protección de intereses remarcados por aquella.

Dos posiciones judiciales son las que hemos descrito, una formal y otra informal, y ambas responden a dos concepciones diferentes del derecho, y más específicamente a diferentes maneras de concebir la función judicial. Una es más cercana al legislador y la otra se aproxima a los sujetos sociales. De todas maneras, insistimos, la generalidad de las actuaciones judiciales no denota una caracterización concreta de los jueces, porque la mayoría de los casos que se resuelven por estos se configuran y parten de la claridad normativa y de ella se deriva la resolución del caso.

3. Vosotros sois lo que nosotros fuimos; nosotros somos lo que vosotros seréis

Esta enigmática frase que mi mente infantil no llegaba a captar cuando de niño la leía en mi ciudad, Estella, me sirve para introducirme en uno de los problemas de mayor calado a la hora de examinar la concepción actual de la función judicial.

Las diferentes vías de actuación de los jueces que hemos descrito, neoconstitucionalismo y activismo judicial, son realidades constatables en la practicidad del derecho hoy en día. Si estas realidades las contrastamos con la configuración teórica de los poderes del estado, veremos que se nos presenta una confrontación entre ellos, en cuanto que el poder de los jueces, en cualquiera de sus manifestaciones, puede invadir la función del legislador y de la misma administración. La de aquel regulando supuestos que no ha concebido la legislación o modificando algunos ya regulados. Respecto a la administración la invasión o suplantación por el poder judicial puede originarse cuando facultades a ella atribuidas, u omitidas, se le suprimen o requieren.

Ello nos conduce a la crítica que tanto al constitucionalismo como al activismo se le ha realizado, y que no es otra que con ellos se desfiguran los poderes del estado con un real gobierno de los jueces, el que carece de legitimidad y con el que se desapropia al poder popular tanto de sus facultades soberanas ordenadoras como de las normativas que se ha autoimpuesto. Si configuramos a los jueces como legisladores positivos, que abandonan su tradicional posición de limitadores del poder ejecutivo o legislativo –legisladores negativos- nos acercamos a un panjudicialismo jurídico que, también en la práctica, presenta dificultades de aceptación.

El derecho positivo se ha dicho que somete a los vivos a la tiranía de los muertos, que encadena a las generaciones vivas al pasado; por el contrario, para evitar el statu quo del anclaje a lo pretérito, se propugna la iniciativa judicial, que, de un lado, es capaz de favorecer la interpretación del derecho según las directivas del tiempo en que se aplica; y, de otro, modela a la ley conforme a las atenciones que requiere la sociedad presente. Pero, en cualquier caso, si la iniciativa judicial es la que se identifica con la del legislador no es desdeñable pensar que se ha hecho la suplantación de las facultades que corresponden al resto de poderes del estado, y

que el sistema de contrapesos y controles que subyacía en el diseño de la trilogía de los poderes estatales, realmente, se está desfigurando.

Se nos está creando un dilema. Si pretendemos que el juez sea riguroso y formalista estamos privando a un poder del estado de la dinamicidad que la realidad le está otorgando; y si buscamos y proponemos al juez activista que atienda más allá de lo que la norma ha previsto en las controversias, en ambas posiciones nos encontramos invadiendo esferas de la soberanía que no se han atribuido a los jueces. En cualquiera de los dos supuestos los riesgos son importantes, pues podemos incurrir en la propuesta del iusnaturalismo abriendo el libro de la moral y leyendo en él principios o criterios que no son los propios del derecho, uno de cuyos logros es la separación entre la esfera interna de la persona –moral- y la objetiva del derecho. Dejar margen a la discrecionalidad judicial para buscar el rígido contenido de la ley o, por el contrario, los perfiles que la extralimitan puede conducir a la aplicación de razones ajenas a la positividad del derecho, situándonos en lo meta-jurídico.

Pero no sólo este es uno de los problemas que puede plantear el juez activista. La tendencia elitista de los togados fácilmente conduce a la aristocracia jurídica, que consiste en posicionarse en una especie de estamento superior que olvida la realidad de lo social y las inquietudes que se someten al enjuiciamiento de la justicia. De este elitismo nació la jurisprudencia de los conceptos o el que se denomina el derecho de la academia o profesores.

La justicia de los académicos introduce una brecha entre la realidad social y los arquetipos jurídicos, remitiendo al derecho al limbo de las ideas y no al mundo de las realidades.

No sólo estos riesgos teóricos se presentan en el activismo judicial. Además hay que considerar que los hechos nos demuestran que los jueces participan de las ideologías. Ello, además de constatable, es positivo. El juez anodino no existe. Pero las ideologías también son expresión del estatus particular de la persona y responden al posicionamiento político y de clase de quien las sustenta. La posibilidad de que el activismo sea mayoritariamente reaccionario, o que sea esencialmente progresista, obviando las líneas políticas de una sociedad son peligros que se enlazan directamente con una función judicial activa.

Ejemplos de una corriente regresiva o de otra progresiva los encontramos en las mismas circunstancias en las que se desarrollan en cada época las funciones judiciales. Jueces especialmente positivistas en regímenes altamente autoritarios o esencialmente aperturistas en sistemas democráticos o poco evolucionados, ampliando los derechos de ciudadanía, son realidades que obligan a cuestionarse, cuando menos en la teoría, la concepción del juez activista.

Este cuestionamiento no es una simple elucubración teórica. Como jueces que somos, el test del activismo judicial debe ser constantemente formulado en nuestra tarea diaria, pero más que eso: es obligación nuestra el determinar qué actuación

judicial pretendemos realizar. Aunque esta pregunta para la mayoría de los casos que se resuelven por los jueces carece de sentido porque nuestra actividad cotidiana se presenta sin altibajos reseñables a la hora de aplicar el derecho, sin embargo es esta misma riqueza de la realidad la que nos presenta algunas veces una pluralidad de supuestos en los que se nos oferta el dilema de atender la pura normatividad, legal o reglamentaria, o zafarnos de ella y afrontar los casos con otra perspectiva. Es en estas controversias en las que se suscita la confrontación entre el juez garantista y el activista, el formal y el material. La opción que se elija no sólo es la propia del telos particular del juez, sino que supone una racionalización que previamente ha delimitado la postura y posición que se adopta por él en nuestra profesión.

De forma apriorística o bien cuando surge el dilema, lo cierto es que no es posible el eludir el posicionamiento personal del juez ante el caso difícil que requiere o el complemento de la normativa o su evasión. Desarrollar la actividad judicial sin afrontar este dilema puede ser una clara opción por el quietismo o legalismo.

Veamos como un caso que puede parecer irrelevante nos enfrenta con el juez activista. El mismo es el que se produce cuando al aplicar una normativa nacional nos cuestionamos si la misma es acorde con otra supranacional, nacida de los tratados o de la legislación comunitaria. La confrontación entre aplicar la norma estatal o la de ámbito superior es un ejemplo del juez activista que suplanta al poder legislativo o ejecutivo por otro distinto, que puede ser contradictorio con los postulados nacionales, plasmados en el poder parlamentario y que constituyen una manifestación del ideario social en el que trabaja. La actual superposición de planos geográficos con normativas particulares en ellos conduce a la multiplicidad de ordenamientos jurídicos que en ciertas situaciones manifiestan su contradicción. La opción del juez en estos frecuentes conflictos es una expresión del activismo judicial, el que no nace de un narcisismo corporativo sino de la propia plasmación de las capacidades legislativas que confluyen en dos de los elementos que tradicionalmente eran los propios del estado: la población y el territorio, y que son sobre los que revierten una variedad de ordenamientos con diferente eficacia. En ocasiones las normativas nacionales son ignoradas mediante la instrumentalización de los medios que permiten la aplicación directa de otros ordenamientos superiores. En estos casos son los jueces activistas los que incentivan la implantación de las normas supraestatales, adquiriendo en su labor judicial un protagonismo con el que dejan al margen a los poderes ejecutivo y legislativo nacionales.

Ya observamos que esto del activismo no es algo que se refiera a casos mediáticos o de gran repercusión social. La interpretación de los postulados legales acontece habitualmente y las contradicciones normativas entre legislaciones de ámbito regional, nacional o supranacional es frecuente, e incluso es la manifestación de la diversidad política de los poderes del estado. Por ello, el equipamiento intelectual del juez debe estar dotado de la respuesta meditada respecto al posicionamiento que ante el dilema del activismo pretende adoptar. No se trata de que objetivamen-

te se nos califique de más o menos activistas sino de nuestro propio criterio de actuación, personal e intransferible, frente a las polémicas jurídicas que se resuelven judicialmente.

Hemos titulado este ordinal con esa compleja frase que ahora ya no nos sirve sólo para establecer la relación entre lo viejo y lo nuevo, sino más bien nos acerca al dinamismo de la sociedad y, en consecuencia, del mismo derecho. Como agentes interpretativos, y mucho más, que son los jueces estos relacionan y vinculan el pasado con el presente y dan cabida en el ahora de hoy a la actualización de las normas tanto en la configuración rígida que hayan tenido las mismas como en la flexible que hayan diseñado ellos mismos. Lo de antes es para ahora y lo de ahora para el futuro. Este es el sentido de toda interpretación judicial porque el conflicto es del hoy, no del ayer. El cambio tanto temporal como social es una realidad del devenir del hombre y por ello el estatismo carece de sentido en una función judicial moderna, donde el avance y la apertura, en muchos casos acompasada por la ciencia, obligan a un activismo judicial inconsciente o simplemente al natural que es fruto de las sinergias de la misma sociedad.

-*"se te ve desde el panizo":* soy consciente, y así lo quiero remarcar, de que escribo en una revista para jueces y que soy también un integrante de la carrera judicial. Por eso, el tema lo voy a personalizar en cierta manera.

Como dice mi amiga y sabia compañera María José Hernández Vitoria "se te ve desde el panizo". Esta frase define fácilmente lo que se puede traslucir en el presente artículo, y por eso no voy a desvelar expresamente cual es mi concepción tanto respecto al neoconstitucionalismo como al activismo judicial, pero sí que mostraré mi posición en un aspecto concreto y señalaré que el activismo judicial no puede ser compañero de viaje de la Academia, que es con el término con el que me refiero al derecho de los profesores. La razón de la falta de sintonía entre nosotros y estos es sencilla, y no es otra que la misión y función de unos y otros, que son claramente diferentes, los cometidos asignados tampoco son iguales y, por suerte, nuestra visión de la realidad y el derecho no siempre coincide.

El complejo de Edipo que late en muchos jueces respecto a la Universidad proviene de que todos nos hemos formado en ella. El que mantengamos cierta inclinación y respeto a quienes con mayor o menor acierto fueron nuestros maestros requerirá, en el mejor de los casos, cierto agradecimiento, aunque nunca dependencia ni deseo hacia ella. Alcanzada nuestra mayoría de edad y el título habilitante para el ejercicio profesional nos hemos debido separar de la guardería que nos tuteló y ya se supone que hemos debido de acceder al mundo jurídico al margen de la escuela que nos enseñó.

No confundo el servilismo con el respeto y me gusta recordar que para el realismo jurídico la doctrina tiene la exclusiva misión de enunciar las previsiones de los comportamientos judiciales, pero fuera de ello, en muchos casos, lo que en realidad procura es influir en las decisiones judiciales en servicio de los intereses que financian al Profesor en concreto o a la institución/poder que lo apoya.

- Un caso de activismo judicial: pudiera ser que un ejemplo clarifique de alguna manera la discrepancia entre la Academia y la judicatura, sus diferentes posicionamientos, y por ello vamos a exponer un caso de activismo judicial y de un exagerado comportamiento reaccionario frente al mismo. El supuesto puede servirnos para ilustrar la materia que estamos tratando y con él apreciar la falta de sintonía entre las dos instituciones, la académica y la judicial. Como el sujeto afectado por el ejemplo que vamos a indicar es el mismo autor de este artículo eludiré ciertos detalles sobre la materia de fondo y sólo señalaré que se trataba de interpretar una norma de derecho transitorio. Resumidamente el tema consistía en que se amplió legalmente la edad para la prestación de orfandad a partir de una determinada fecha, de manera que quienes en el mismo año tenían la misma edad, unos percibían la orfandad y otros no. Por diferentes argumentaciones se aplicó por este magistrado que ahora escribe un criterio consistente en identificar como beneficiarios de la nueva ampliación de la edad a todos quienes en el año donde se implantó la mejora cumplían la edad. De esta manera quienes alcanzaban los diecinueve años, edad ampliada, en el mismo ejercicio recuperaban el derecho a la prestación de orfandad que teóricamente habían perdido.

Guillermo L. Barrios Baudor escribió un artículo en la Revista Doctrinal Aranzadi Social -vol.V, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1998- en el que mostraba su discrepancia con el criterio que yo había expresado en la sentencia (y que por cierto después el Tribunal Supremo confirmó en diversas sentencias como las de 12-5-1999, rc. 3717/98 o 22-5-2000, rc. 3468/00, dando respaldo a mí interpretación) y utilizaba estos términos el indicado autor, los que por su grafismo me permito transcribir:

"…tras una **interpretación excesivamente rebuscada y en todo punto errónea**…en aras de la evitación de **interpretaciones tan extravagantes como ésta**, el presente trabajo pretende abordar los problemas de transitoriedad e interpretativos que se derivan de las recientes modificaciones operadas por la LCRSS, la LMFAS y el RD 4/1998, de 9 enero, en las prestaciones de muerte y supervivencia y en la Disp. Adic. Octava LGSS, esta última en parte referente a las normas de aplicación a los Regímenes Especiales de la Seguridad Social…Del juego del art. 175.2, de la Disp. Transit. Sexta bis y de la Disp. Adic. Octava.4 LGSS, la Sentencia del juzgado de lo Social núm. 3 de Pamplona de 4 febrero 1998 entiende, sin embargo, … que quienes en el año 1997 vayan extinguiendo su pensión por el cumplimiento de los dieciocho años la ven prorrogada hasta los diecinueve, siendo su cobertura durante todo el año 1997. **A semejante conclusión, que también sería aplicable al año 1998, llega tras una interpretación ciertamente sorprendente**…**el razonamiento esgrimido en la sentencia que ahora se comenta no puede ser más desafortunado… la rebuscada lectura que hace el juez** a quo de la Disp. Transit. Sexta bis en relación con el ap. 4 de la Disp. Adic. Octava LGSS introducido por la LCRSS **no puede ser más arbitraria**…"

Las expresiones que utilizó el articulista Sr. Baudor en su comentario cuando alude a mi interpretación de la norma como **excesivamente rebuscada, en todo errónea, extravagante, sorprendente, desafortunada, rebuscada y arbitraria**

es la muestra del legalismo rancio, de la rigidez interpretativa y de la defensa reaccionaria de quienes se amparan en el pretendido virtuosismo de la ley para buscar la merma de la función judicial evitando todo elemento de progreso y dinamismo en el derecho. Son frecuentes los discursos reactivos de la Academia frente a las sentencias que se adentran en cierto activismo protector de los derechos, mientras que los mismos autores respaldan aquellas otras resoluciones en las que el conformismo y la lectura literalista de la ley son los argumentos de apoyo del inmovilismo y la falta de creación jurídica, que terminan por cercenar los derechos.

Adentrarse en la realidad y resolver los conflictos en base a ella, teniendo en cuenta que la normativa presenta una mayor riqueza que la literal que expresa, o que es la carencia de regulación la que sirve para apoyar el desarrollo de los derechos, suele acarrear en la mayoría de las veces críticas cuyo apoyo para su justificación son la trasnochada división de poderes y la concepción del encuadramiento de los jueces en la subordinación a la ley y a los dictados de la misma, de manera que siempre se recuerda por estos pretendidos paladines del legalismo que la función judicial consiste en aplicar la ley, no en crearla.

Apreciamos que el derecho de los profesores no sigue la misma pauta ni tiene el mismo alcance que el de los jueces. Nosotros aplicamos el derecho dándole vida, en nuestro trabajo impregnamos la realidad con él, vivificamos las relaciones con la racionalidad que supone el ordenamiento jurídico. Mientras nuestra actividad es per se activista, cualquiera que sea su signo –formal versus material- la doctrina expresa el experimento creado en el laboratorio, desconectado con el caso concreto, y o bien evalúa lo sentenciado a posteriori procurando enmarcarlo en su diseño teórico, o bien elabora la interpretación previa de la ley antes de ser aplicada por los tribunales para crear un clima interpretativo posterior en los juzgados. En esta labor de arquitectura que realiza el profesor tiende a encorsetarse la función judicial o limitar su propio dinamismo, aunque sea propugnando formulas progresistas, las que también quiere imponer.

La confrontación entre academia y judicatura no es mala, siempre que los agentes de una y otra sean conscientes de su diferente función, y aquella no pretenda dirigir a esta mediante las críticas interesadas y con el argumento ad hominen, que es la más clara expresión de la falta de razón y la intencionalidad del agente académico de imponer una tendencia.

-Más casos de activismo judicial: el siguiente supuesto al que nos vamos a referir es el de los diferentes activismos judiciales que podemos encontrar en la práctica diaria de los tribunales. Ya nos hemos referido a aquellos activismos a través de los cuales se pretende soslayar una normativa nacional mediante el medio de acudir a otras normativas supranacionales, obteniendo la aplicación de estas prioritariamente y relegando con ello las leyes nacionales. En estos casos el juez busca suplir las posibles lagunas legales mediante la cobertura que se le oferta a través de la aplicación de legislaciones de ámbito superior.

La confrontación que se puede producir entre órganos judiciales que se inclinan

por tendencias distintas nace de que unos interpretan la legislación acomodándose rígidamente a los presupuestos legales mientras que otros procuran que los marcos legislativos nacionales que se les presentan limitados se amplíen mediante interpretaciones nacidas de legislaciones superiores.

En nuestro caso, vamos a traer a colación dos interpretaciones jurídicas dispares. Surgen las mismas como consecuencia de un problema al que se ha enfrentado la justicia laboral y es el que hace referencia a la posibilidad de que las irregularidades en los contratos laborales temporales de la administración puedan determinar la adquisición de una condición de trabajador indefinido dentro de ella. Esta cuestión ha llevado consigo una pluralidad de pronunciamientos de los tribunales, siendo los polos direccionales dispares. Unos tribunales han entendido que las irregularidades en las contrataciones temporales por su dilatada permanencia en el tiempo conducen a la configuración de los contratos enjuiciados en indefinidos, aunque no fijos de la administración; mientras que otros órganos judiciales han sostenido que las irregularidades consistentes en la larga continuidad de las contrataciones temporales no otorgaban ninguna cualidad especial al trabajador, el que seguía siendo trabajador temporal. Unos apoyaban su postura, aquellos, en que la irregularidad de mantener de forma indefinida a un trabajador temporal no es admisible, cualquiera que sea el sujeto empresarial contratante; mientras que estos, los que consideran que la dilatación en el tiempo de las contrataciones temporales no es ninguna anomalía, justifican su conclusión en que se ha atendido con ellas a una necesidad en la administración necesitada de empleados, hasta que se produzca la cobertura de las plazas.

Esta problemática que hemos resumido dio lugar a que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid interpusiese una cuestión prejudicial ante el TJUE que venía a basarse en que el Tribunal Supremo –TS- nacional, para las situaciones de contrataciones temporales de duraciones largas, entendía que la consecuencia no era la adquisición de la condición de trabajador indefinido, sino que esas irregularidades atendían a las vacantes en la administración y a la dificultad de esta de incrementar sus plantillas, entre otras causas por las limitaciones que se le habían impuesto en las distintas leyes de presupuestos. En definitiva, el TS interpretaba la ley estrictamente en cuanto que entendía que a la administración no se podía acceder por un medio que no fuese el del mérito y la capacidad objetivados en pruebas concretas, y de otro lado ampliaba el contenido de la ley al mantenimiento de la temporalidad fuera de cualquier plazo en aras a la tutela de la administración y un interés general superior, como era que a la administración solo se ingresa por medio de las pruebas selectivas oportunas. Vemos en este planteamiento un argumento circular y rígido, porque en definitiva lo que se venía a indicar es que para integrarse en la administración se debe ingresar por las pruebas oportunas y por ello cualquier irregularidad en la contratación fiscalizada no conducía a nada significativo porque se estaba atendiendo por el empleador público el déficit de personal generado por la falta de acceso por los medios de la meritocracia.

El TJUE en la sentencia de 3 de junio de 2021, asunto C-726/19 estimó que una normativa nacional que permitía situaciones como la cuestionada por el Tribunal

Superior de Justicia de Madrid era contraria al Acuerdo Marco sobre el Trabajo de Duración Determinada de 18 de marzo de 2019, cláusula 5, apartado 1.

De esta breve síntesis expuesta podemos apreciar dos tipos de activismo: por un lado, el tuitivo y defensivo de los derechos de los trabajadores, que es el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que planteó la cuestión prejudicial; y el otro, más formalista y rígido, que procuraba defender una interpretación restrictiva de la legalidad. El activismo de aquel tribunal se muestra mediante la plasmación de instrumentos de articulación de normativas supranacionales, soslayando de este modo la interpretación del órgano superior jerárquico que es el Tribunal Supremo.

La doctrina del TJUE ha debido ser acogida por el Tribunal Supremo, y este ha debido cambiar el criterio que se venía sosteniendo por este órgano respecto a las irregularidades en las duraciones excesivas de las contrataciones temporales en la administración.

Pero donde verdaderamente apreciamos que el activismo judicial también puede ser elemento de confrontación dentro de los mismos órganos judiciales, y por ello mostrar las distintas concepciones de la función judicial, es en los términos con los que se expresó la sentencia del TS que acogió la doctrina emanada del TJUE al resolver la cuestión prejudicial que se le había planteado. En la forma en que se redactó la sentencia podemos percibir la asimetría entre una concepción de activismo declarativo de los derechos y otra rígida defensora de la legalidad. Y cuando decimos de la legalidad nos estamos refiriendo a esa defensa del statu quo, y a la formalidad de los planteamientos, que conduce a una continuidad y permanencia de los criterios y de la legislación.

Destacaremos que la sentencia a la que nos referimos, sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021, recurso de unificación 3263/2019, resulta especialmente contradictoria y agresiva en su apreciación de la actuación que había tenido el Tribunal Superior de Justicia de Madrid al plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Transcribimos ahora algunos párrafos de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2021, recurso de unificación 3263/2019:

“En ninguno de los párrafos transcritos –se refiere a la sentencia del TJUE-, esta Sala reconoce su propia doctrina. Bien sea por la errónea comprensión de nuestra jurisprudencia o bien por una deficiente traslación de la misma al TJUE, lo cierto es que nuestra doctrina no es la que se refleja en la STJUE de 3 de junio de 2021, obviamente tributaria del contenido del Auto de planteamiento de cuestión prejudicial remitido…”

Después de expresarse así vuelve a remarcar que “Como resulta de lo que se acaba de exponer, poco o nada tiene que ver la interpretación de la legislación vigente española que se achaca a esta Sala, con la que, reiteradamente, hemos venido sentando en las reseñadas sentencias que han tratado la materia y que ha quedado resumidamente transcrita en el número anterior”.

Y, se añade que “Ello no obstante, esta Sala entiende que, a tenor de lo dispues-

to en la referida sentencia del TJUE de 3 de junio de 2021 y en otras que han interpretado algunos preceptos del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la Directiva 199/70/CE …resulta necesario efectuar una nueva reflexión sobre algunos aspectos de nuestra doctrina y, especialmente, sobre las circunstancias de su aplicación en los términos que seguidamente se expondrán".

La sentencia que mostramos del Tribunal Supremo, como ella misma expresa, cambió su criterio y ha variado su doctrina de considerar que las irregularidades en la perduración de las contrataciones temporales en la administración no determinaban ninguna consecuencia, pasando a entender que el trabajador cuando su contrato excedía de los tres años adquiría la condición de trabajador indefinido no fijo. Por tanto, sí que era evidente que el TS decía antes algo que no es lo mismo que desde ahora indica; y que ha sido la nueva interpretación instigada por el activismo progresista del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el que ha motivado el cambio. La resolución comentada muestra el lastre y apego que sigue manteniéndose por el TS a la quietud de sus planteamientos, aunque no le quepa más formula que cambiarlos.

En la explicación que venimos realizando del activismo judicial en la resolución aludida del TS observamos que esta sentencia es contradictoria porque lo primero que resalta es que la doctrina que aplicaba el Tribunal Supremo no es la que el TJUE ha entendido que venía interpretando aquel órgano, y así se dice que el TJUE no ha tenido conocimiento cierto de cuál era su doctrina. Igualmente achaca este defecto al Tribunal Superior de Justicia de Madrid porque no dio información veraz de la doctrina del Tribunal Supremo; pero, lo sorprendente es que pese a defender que su doctrina no es la que ha entendido el TJUE señale que la va a cambiar. Si su doctrina era la que sienta el TJUE qué sentido tiene decir que se va a cambiar, y menos achacar una especie de falseamiento enunciativo al Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El antagonismo que presenta el Tribunal Supremo con su postura frente al Tribunal Superior de Justicia de Madrid nos demuestra dos posicionamientos, y los dos son de activismo judicial. El del Tribunal Supremo porque prescindía en su doctrina de que el plazo de tres años de las temporalidades a las que se refería el EBEP era aplicable; y el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid porque ante la interpretación que realizaba el órgano superior –TS- ha postulado la aplicación de normativas supranacionales. Por tanto, es apreciable que el activismo puede revestir muchas modalidades y expresiones, ser de criterios progresistas o reaccionarios.

Y la relevancia del caso que hemos expuesto radica en que la confrontación del activismo puede ser apreciada dentro de los mismos órganos jurisdiccionales en los que se percibe la diversidad de tendencias concurrentes a la hora de realizar aplicaciones normativas.

Todavía, quisiéramos destacar que la sentencia del Tribunal Supremo introduce un elemento explicativo de cuál era su basamento para no aplicar el plazo de los tres años a los que se refiere el EBEP, y sobre el que se ha basado el límite de las contrataciones temporales, que no pueden rebasar el plazo de tres años; y éste

argumento justificativo es el de que se habían tenido en cuenta "consideraciones puramente económicas, relacionadas con la crisis de 2008". Con esta explicación claramente apreciamos la deriva de interpretación que realizaba el Tribunal Supremo ajena a la misma literalidad deducible del EBEP y de una tutela de los derechos de los trabajadores, priorizando criterios economicistas frente a los jurídicos. Por cualquiera de los lados que examinemos las resoluciones que exponemos vemos signos del activismo.

Hay muchos casos de activismo judicial material, piense el lector en el supuesto de las pensiones de viudedad a los divorciados o separados que no tengan pensión compensatoria en el convenio regulador del divorcio o separación conyugal, donde el TS ha considerado que no es necesario que en las medidas adoptadas en el procedimiento de familia se haya fijado nominalmente la referida pensión si es apreciable la misma en otra fórmula fijada por los excónyuges (véase STS 14-4-2021, rc. 4997/21 o 11-3-2020, rc. 3567/17).

2. Sub sole nihil novi est

Hemos hecho una pequeña exposición de las distintas interpretaciones que de la función judicial actual se vienen realizando sobre ella y lo que es más importante del papel que juegan los jueces en el derecho y en la sociedad. Ha aflorado en nuestra síntesis un elemento importante como es el referente a la posición, mentalidad o ethos que adopta el juez en la realización de su trabajo. Se ha expuesto diacrónicamente la evolución que han sufrido tanto la concepción de la función de los jueces como su encuadramiento en los poderes del estado y se ha expresado el cambio significativo del juez quietista al activista, el paso del paradigma positivista al creacionista. Así, en la actualidad el neoconstitucionalismo requiere de un instrumento que haga posible la plasmación del texto constitucional en las dinámicas jurídicas y la misma sociedad, y ese medio es el juez; de otro lado, el activismo judicial es la expresión de dos acciones: aquella que hace referencia al mantenimiento del dogma positivista y reacciona frente a las iniciativas creativas de los jueces; y, aquella otra, por el contrario, que procura protagonizar cambios mediante la innovación de la ley en cualquiera de sus modalidades, llegando, incluso, a suplantarla.

Aunque la trilogía del poder formulada por Montesquieu hemos indicado que se encuentra superada hoy en día, mantiene su utilidad simplificativa del institucionalismo social, y en este el poder judicial sigue siendo una manifestación orgánica dentro del complejo que es el estado. Tiene una función no sólo simbólica sino real, asumiendo unos cometidos que podemos identificar con la actividad de juzgar, la que significa la capacidad de imponer las normas con autoridad y poder resolviendo con ello los conflictos y transgresiones del orden vigente. Tres elementos encontramos de la función judicial en esta concepción: primero, el revestimiento de autoridad y poder, que le dota de conocimiento y facultad de imponer lo resuelto; segundo, la atribución de aplicar ejecutivamente el derecho, lo que le encuadra

dentro del mundo jurídico, el que interpreta y recrea; y, tercero, el objeto práctico de resolver los conflictos y trasgresiones, extremo que nos conduce a las distintas esferas tanto privadas como públicas en el que se desenvuelven las relaciones del derecho. Y, ello lo reseñamos porque debemos partir de que también los jueces laborales llevan a cabo una función de juzgar, y por ello imponen el ordenamiento legislativo resolviendo conflictos y dictando resoluciones que están revestidas de capacidad ejecutiva, quedando respaldadas en último extremo por la fuerza.

Es partiendo de este marco de desarrollo de la función social por parte de la jurisdicción laboral desde donde podemos significar la posibilidad de que los jueces laborales lleven a cabo un desarrollo del texto constitucional dentro del actual neoconstitucionalismo o el que representen una clara mentalidad activista, bien sea de quietismo reactivo o de creacionismo imaginativo y progresista.

Sea como sea la realidad que describimos, la misma nos presenta un panorama que podemos construir desde la división de poderes y dentro de ella una función judicial moderna. Cualquier aproximación a la jurisdicción social debe tener presente este esquema que venimos reproduciendo.

No olvidamos, en consecuencia, los postulados teóricos en los que se desarrolla el poder judicial, pero ello no nos impide el que presentemos una nueva formulación del mismo en la que nuestra intención, en su alcance, sea ceñirnos exclusivamente al ámbito del mundo del trabajo y de la jurisdicción social.

Si observamos el comentario que nos había dado pie al comienzo de nuestro artículo, y que era el que se había incluido en nuestra Revista laboral de marzo de 2022 de Joan Coscubiela, donde se decía que a raíz de la reforma laboral a los tribunales de lo social les iba a tocar una importante tarea, ampliando al máximo las potencialidades de la reforma legislativa, o cuando se señalaba por ese autor que su sueño era que la jurisprudencia iniciase un cambio progresivo de tendencia para recuperar alguno de los conceptos y principios básicos del carácter tuitivo del derecho del trabajo; si volvemos a recapitular sobre este comentario a la luz de cualquiera de las tendencias actuales del poder judicial laboral que hemos descrito –activismo y neoconstitucionalismo- y unimos a ello la realidad del mundo laboral, podemos obtener ciertas ideas con las que es posible abrir nuevos campos de reformulación de la actividad judicial.

Para ello, todavía, deberemos referir dos diversas cuestiones que históricamente marcan la función de los jueces laborales. Una es la materia a la que nos dedicamos, que es el derecho laboral; y la otra, el nacimiento de la magistratura social, que se engarza con una finalidad histórica específica. El derecho del trabajo es un derecho que nace con la sociedad industrial, los iniciales esquemas iusprivatistas resultaban insuficientes para acometer el fenómeno industrial y la pluralidad de relaciones que nacen en el mismo. En esa época las fuerzas antagónicas del capitalismo y proletariado generaron un clima de inestabilidad que fue el detonante de una demanda de petición de paz social, que produjo la canalización de la confrontación mediante los instrumentos de derecho. La fuerza y el argumento ad baculum resultaban ineficaces para satisfacer las inquietudes de los trabaja-

dores y la sociedad, la intromisión política de las fuerzas sociales paulatinamente introdujo nuevas formulas en el derecho de las que resultó la creación ex novo de un derecho que era el derecho del trabajo. Las instituciones nacidas a raíz de las necesidades de los sujetos del trabajo son específicas del derecho laboral, y hacen a este también único. El propio origen de estas figuras jurídicas ya les dota de peculiaridad, porque nacieron de las reclamaciones sociales, de abajo arriba, y porque fueron los medios ideados por los trabajadores para remover todo el derecho liberal que se había basado en la libertad y se encauzó por la vía del positivismo y el dogma legalista. El convenio colectivo, el sindicato, la huelga o el conflicto colectivo son expresiones de un nuevo mundo que requería vías distintas de imposible facilitación por las tradicionales ramas del derecho. La juventud de nuestra especialidad laboral, sin embargo, es la muestra de una potencialidad inigualable en cuanto a su capacidad de creación y de ductilidad a los cambios sociales, que solo el dinamismo de sus fuentes es capaz de atender. La especialización de las instituciones laborales caracteriza a nuestro derecho frente al resto de derechos.

Las creaciones jurídicas del derecho laboral, desde la perspectiva dogmática, son únicas pero no olvidemos que nacen de la necesidad, no de la academia o el laboratorio. Son las circunstancias que se viven en la empresa las que canalizan instrumentos de defensa de los trabajadores que piden una protección, la que se atiende en parte para evitar la violencia e inestabilidad social que su reclamación e insatisfacción puede generar. En esta amalgama de soluciones al problema de la inestabilidad social se abre un nuevo cauce de pacificación del conflicto, ante la insuficiencia del ordinario de los tribunales que atienden en esta época las reclamaciones civiles, entre las que se encuentran las laborales. Esta vía nueva es un intento de catalizar la violencia y las reclamaciones del mundo laboral, y es la denominada institucionalización del conflicto que significa que los sujetos privados están obligados a resolver sus controversias en un nuevo ámbito judicial como es el de la jurisdicción social. Esta es la raíz del nacimiento de nuestra jurisdicción laboral.

Este nacimiento nos vincula directa e inmediatamente con dos elementos: el derecho que aplicamos, que es el laboral revestido de esas características que hemos señalado, y de las que destacamos su fuente creativa de normas que es el convenio colectivo y los sujetos capaces de crearlo; y, la función que también hemos referido de juzgar que compete a los jueces laborales.

La dificultad con la que nos vamos a encontrar es con la búsqueda de un equilibrio entre esos dos potenciales: el de servir la finalidad del derecho laboral y el de asumir la función del poder judicial de juzgar. Y decimos que es una dificultad porque nuestra actividad en principio es la de ejercer la función judicial, como poder dentro del estado, y por ello somos los que en el mundo laboral canalizamos los conflictos laborales dotándoles de una respuesta heterónoma a la que se someten los interlocutores empresariales y trabajadores. Este es el esquema funcional y finalista en el que nos encontramos en la actualidad. En él se remarcan los dos polos tradicionales de la concepción del poder judicial: el del derecho y el de resolver los jueces los conflictos revestidos de autoridad y poder.

Rebasar y superar este arquetipo de la actividad judicial en el que los jueces asumen un papel resolutorio con la aplicación del derecho no parece que sea posible dentro de la configuración teórica tradicional en la que nos encuadramos los jueces laborales.

Sin embargo, esta es precisamente la finalidad del trabajo que presenta este comentario que ahora suscribimos; ampliar la actividad encorsetada de los jueces laborales y hacerlos participes de la creación y desarrollo del derecho laboral, expresar que son una pieza ideativa más en el derecho del trabajo. Nuestra intención es doble: por un lado, mostrar que la actividad en la jurisdicción social tiene un plus creativo que supera la simple función de juzgar; y, de otro, evidenciar la necesidad de que el sentir del juez laboral, la concepción de su actividad, incluya esa actividad participativa en el derecho laboral. Estas dos expresiones son las de un fenómeno real y auténtico que denominamos el **CONSTRUCTIVISMO LABORAL**.

Ya no se trata simplemente de adoptar una postura activista, sea innovadora o regresiva, o de que los derechos fundamentales específicos o los de la ciudadanía sean considerados y se hagan presentes en la empresa; proponemos un añadido a estas posibles conductas y el mismo lo engarzamos con el derecho del trabajo, en el que lo atisbamos por causa de las propias peculiaridades que este derecho aporta frente al resto de derechos. Es la idiosincrasia del derecho del trabajo expresada en su propia autonomía, independencia y dinamismo la que ha hecho que surja una realidad constatable –constructivismo laboral- y que consiste en que la jurisdicción laboral no es una simple instancia judicial resolutoria de conflictos de trabajo, sino que se posiciona con un cometido más complejo y mayor, el que comprende una nueva función, por medio de la que se incorpora el juez laboral al desarrollo del derecho del trabajo, tomando posición y lugar junto a sus fuentes especificas propias que son el contrato de trabajo y el convenio colectivo, y figurando entre ellas como una más.

No solo queremos centrarnos en el desarrollo constructivo de los jueces en el derecho del trabajo. Hay una nueva realidad que también debemos considerar, y que enriquece nuestra visión, y esta es que la jurisdicción laboral es la competente para el examen aplicativo de los que se han llamado los derechos sociales. Estos son aquellos que crean deberes positivos de las administraciones públicas, imponiendo obligaciones asistenciales al estado. Los tradicionales derechos de libertad de los ciudadanos que restringen las actuaciones de los poderes públicos se completan con los derechos sociales, los que se incumplen por el sector público por omisión, y no por acción como los derechos de libertad. La actuación de los jueces laborales en este entorno de los derechos sociales se muestra también con un plus añadido al concepto del activismo judicial, y ello porque son los órganos judiciales muchas veces los que están encargados de expresar el contenido material de estos derechos sociales, y en esta competencia son los creadores del mismo derecho, asimilándose en parte al sistema de creatividad normativa del sistema anglosajón.

➤ ***Concepto y manifestaciones del constructivismo laboral:*** el constructivismo es el resultado de los orígenes y desarrollo del derecho del trabajo. No

se trata de una creación ex novo diseñada cartesianamente. Se relaciona directamente con la esencia del devenir del derecho laboral. El instrumento creado para canalizar por un medio de paz social los conflictos laborales que fue la jurisdicción de trabajo con el tiempo se ha configurado como una institución más en el derecho del trabajo. Y del resultado de esa constante intervención judicial en las relaciones de trabajo, modelando y aplicando el derecho, ha derivado una actividad tal que po emos decir que la judicatura laboral es hoy una fuente dentro de las fuentes del derecho del trabajo.

No siempre en la actuación de los jueces laborales se produce el fenómeno constructivo. Hay una pluralidad de casos de entre los que se resuelven por los jueces sociales en los que no hay lugar para la creatividad participativa. Supuestos en los que se aprecian defectos procesales, o se resuelven controversias desde la perspectiva de una simple aplicación de la teoría del onus probandi, o la pasividad o somnolencia de las partes, muchas veces determinan la inactividad argumentativa o resolutoria de los tribunales, y en estos casos es inapreciable cualquier función creativa de los jueces que no sea la mera interpretación de la formalidad legal. A ello uniremos una realidad con la que es necesario contar: muchos conflictos no se someten a la resolución judicial quedando al margen de ella, y otros aunque se resuelven por los jueces, los interlocutores sociales directamente prescinden de la solución de la magistratura y para-procesalmente dinamizan la realidad laboral, lejos de la solución que ha ofertado la sentencia que se ha dictado en el juicio.

¿Qué es el constructivismo judicial laboral? Es la participación de los órganos judiciales en la creación, modificación y eficacia del derecho del trabajo a través de la asunción de sus funciones judiciales en la resolución de los conflictos laborales. La consciencia o inconsciencia de los jueces sociales de que en la actividad judicial que realizan hay un constructivismo no determina que el mismo no sea una realidad demostrable.

La constatación de la existencia de nuestro postulado constructivista adquiere una importancia relevante porque con él se enriquece el derecho del trabajo. El juez social con su actividad hace constantemente constructivismo en cuanto que es un agente que participa en la creación del derecho laboral.

El constructivismo se presenta en la actualidad como un elemento configurador que se integra en el devenir histórico y de constante desarrollo que tiene el derecho del trabajo, de aquí que sea importante constatar su existencia, objetivar su realidad. Esta objetivación se agrupa paralelamente con el elemento subjetivo que contiene el constructivismo, y que se refiere a que el juez debe adquirir conciencia de su papel de agente y sujeto de las fuentes del derecho del trabajo. El subjetivismo que implica la consciencia del juez laboral de ser creador del derecho consiste en implicarse con la relación de trabajo e implementarse en la misma, como un nuevo sujeto de ella integrándose en una nueva dinámica laboral, en la que debe conocer el desarrollo de las relaciones de trabajo y la concreta enmarcación de aquéllas que se someten a su enjuiciamiento.

Las dos dimensiones que apreciamos en el constructivismo son las siguientes: la

que se presenta de manera objetiva, y que consiste en el elemento de participación en la creación del derecho; y, la subjetiva, de adopción por el juez de una nueva mentalidad de afrontamiento de las controversias laborales buscando su participación en las mismas y su identificación como sujeto de ellas.

Vertiente objetiva: el relativamente corto tiempo de existencia del derecho laboral nos demuestra el nacimiento de sus instituciones básicas (convenio colectivo, conflicto colectivo, la huelga y los sindicatos) y la consolidación actual de las mismas. El desarrollo de estas figuras presenta una característica particular y es la ductilidad. Esta plasticidad o capacidad de adaptación del derecho del trabajo a las evoluciones de los sistemas y subsistemas sociales y de producción evidencia su dinamicidad y uno de sus caracteres típicos suyos que es la universalidad, o internacionalización, que siempre acompaña al derecho laboral. La capacidad innovadora del derecho del trabajo tiene su origen en el ámbito supranacional en el que se formaron y forjaron las reivindicaciones laborales dando lugar a movimientos internacionalizados de trabajadores expansivos que se adentraron en los estados. De aquí que siempre ha sido una característica del derecho del trabajo la concurrencia de ordenamientos estatales y supranacionales, pues en los dos ámbitos se ha procurado la plasmación de los derechos de los trabajadores, y la búsqueda de la paz social que pretende el derecho del trabajo.

La constante creación del derecho del trabajo en sus distintas esferas territoriales, así como los círculos de formación de la negociación colectiva, con una multiplicidad de sujetos legitimados para alcanzar los acuerdos colectivos y la eficacia de los distintos convenios, nos muestran la permanente construcción del derecho del trabajo, y en la misma es donde participan los órganos judiciales por medio del constructivismo que es una parcela más en su actividad.

Ejemplos de constructivismo:

◗ **Primer caso de constructivismo:** observemos que en nuestro derecho positivo el conflicto colectivo se manifiesta como una figura jurídica de alcance constitucional y el art. 37, 1 del texto constitucional señala que se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. Las manifestaciones de los conflictos son diversas siendo una de ellas el procedimiento judicial de conflicto colectivo. Este se encuentra regulado en el artículo 153 de la ley 36/2011, LRJS, en el que se define el objeto de este proceso como el que verse “sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo… o de una práctica de empresa y de los acuerdos de interés profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”.

Si reparamos en el cometido que en los conflictos colectivos se encomienda a los órganos judiciales veremos que se nos atribuye la facultad de aplicar e interpretar tanto la norma estatal y el convenio colectivo, como los pactos de empresa o las

decisiones del empleador. Vamos en este procedimiento judicial del conflicto colectivo con nuestra actuación a definir el derecho del trabajo. Seremos los sujetos encargados de desarrollar y dotar de contenido a las fuentes fundamentales de la relación laboral que son la ley, el convenio colectivo y las prácticas empresariales.

Nuestro cometido es ser un eslabón en la cadena de construcción del derecho del trabajo. La relevancia de nuestra tradicional función enjuiciadora se acompaña con otra actividad real y constatable que es la de ser parte en la construcción del derecho del trabajo, en la creación del mismo como una fuente de él; actuamos en la perfilación de la relación laboral. Y ello es lo que denominamos el constructivismo laboral de los jueces.

Nos diferenciamos del garantismo activista o del neoconstitucionalismo. Y ello porque los jueces laborales pertenecemos al continuo dinámico del derecho del trabajo, como un hito más en el mismo. Gráficamente expresamos nuestra actividad en la línea permanente de creación del derecho del trabajo. Aquellas otras dos figuras, activismo y constitucionalismo, pretenden crear y diseñar ante situaciones nuevas, jurídicas o sociales, una respuesta cuya fuente sea la misma constitución o la interpretación flexible o rígida de la norma, para obtener con ello un resultado previamente configurado y definido. Nosotros, en el constructivismo, nos encontramos ante la realización por parte del juez de un nuevo paradigma en la dinámica aplicativa del derecho laboral. El derecho laboral cuando llega a los tribunales sigue fluyendo en ellos, no se para durante el tiempo que está en las manos de la jurisdicción, mientras que en la simple actividad de juzgar el conflicto se ha objetivado y disecado antes de traspasar la puerta del juzgado, se ha solidificado la realidad jurídica y la creación del derecho se ha terminado; con la intervención del juez, en una concepción no constructivista, lo que se nos evidencia con la sentencia es el resultado final del conflicto. Y aquí ya habría terminado el derecho laboral, cuestión diferente será que los agentes sociales con la sentencia inicien un nuevo camino o mantengan el existente. La diferencia de un diseño judicial exclusivamente resolutorio de los conflictos laborales con el constructivismo es la misma significación, el sentido, que alcanza la función judicial para los intervinientes en el proceso, entre ellos los jueces, y, en general, para todos los agentes laborales.

La forma de concebir la intervención del juez en el caso del constructivismo se nos presenta como un nuevo elemento de aportación fontal al derecho del trabajo. Por el contrario en la concepción de la función del juez resolutorio, con independencia de su activismo o constitucionalismo, este aparece rupturista con la creación del derecho del trabajo, y ante el fracaso de los negociadores o de sus vías de acuerdo, el proceso judicial se oferta como una solución quietista y estática, en cuanto que el derecho laboral en su dinamismo finaliza cuando se traspasa la puerta del juzgado. De este solo se espera una resolución judicial ejecutable, con los atributos de fuerza con los que se le ha dotado a la sentencia judicial.

Si la recepción de la sentencia por los agentes jurídicos laborales se enmarca en una concepción de la justicia laboral identificable con la resolución que resuelve

exclusivamente el conflicto, este aparentemente ha desaparecido pero nadie habrá concebido qué ha acontecido sobre una posible recreación por el juez del derecho laboral en su conjunto o en la particularidad de la relación laboral sometida a enjuiciamiento.

El constructivismo pretende una renovación del sentido del derecho laboral en la esfera de los tribunales y de sus funciones. Mostrar que los jueces laborales están participando en la creación del derecho laboral, y transmitir a estos una conciencia ampliada de su actividad judicial.

◗ **Segundo caso de constructivismo:** un segundo ejemplo nos servirá para comprender el alcance del constructivismo. En el anterior que hemos descrito –el análisis del procedimiento de conflicto colectivo- nos encontramos con una atribución realizada por el legislador a los jueces que es cierta y consecuencia de la controversia generada en el propio mecanismo de creación del derecho del trabajo. Ahora nos embarcamos en otro caso que podemos describirlo como el de la efectividad de los derechos fundamentales en la empresa. Esta materia ha supuesto una delimitación teórica de los denominados derechos específicos e inespecíficos, según sean los expresados los concretos del hábitat empresarial o los de la ciudadanía que pretenden tener cabida y respetarse en la empresa.

La defensa de los derechos fundamentales se ha revestido de distintas fórmulas las que dejaremos al margen porque, en su caso, son expresiones más bien del neoconstitucionalismo. Lo que nos interesa ahora destacar es la evidencia de que los jueces sociales cuando abordan una materia de tutela de los derechos fundamentales si pretenden ser constructivistas deben variar su esquema posicional y argumental respecto al tradicional que viene configurando el hacer judicial en el rol de resolver el conflicto exclusivamente. Si cuando se presenta un supuesto de presunta violación de un derecho fundamental ante el juez este examina los hechos y con los instrumentos con los que le ha dotado el legislador resuelve el caso, podrá ser más o menos garantista, rígido, formalista o activista; pero, actúe como actúe, si su labor solo se ciñe a eso, con todo lo que es, sin embargo, seguirá realizando una actividad que deja al margen el dinamismo de los derechos laborales. Habrá solucionado el caso concreto pero sin aportar ni una mayor visión ni nada nuevo al derecho laboral.

La postura de un juez constructivista, frente a la que hemos descrito del mero resolutorio del conflicto con la sentencia, parte de una mentalidad concienciada de su trascendencia en el conjunto de las relaciones laborales y en las fuentes creativas del derecho del trabajo. Y, desde esta conciencia, debe contemplar la trascendencia que dentro de la empresa y del conjunto de las relaciones laborales tiene una transgresión del derecho constitucional individualizado. Esta trascendencia consiste en que el efecto dominó o mimético por simpatía que fluye en la era de la comunicación entre los trabajadores cuando conocen lo que sucede cuando alguien reclama un derecho laboral, conduce a que si estos perciben que

ante la violación del derecho fundamental por la empresa no existe la protección debida, y a la larga el perjudicado es el trabajador, el efecto disuasorio al ejercicio del derecho que se ha expandido en el colectivo de trabajadores, consistente en que cuando se ejerce un derecho fundamental las consecuencias a la larga son perjudiciales, es el que se constatará, porque visto lo sucedido nadie querrá ejercitar un derecho fundamental si el mismo no es tutelado o si no es protegido en el sistema holístico o global que tiene el mundo del trabajo. Si el juez contempla el abordaje de la protección de los derechos de los trabajadores, no solo los fundamentales, desde la comprensión de la transcendencia y relevancia que su decisión en la construcción de la dinámica de los derechos laborales puede revestir, entonces está construyendo el derecho del trabajo. En estos casos, si es consciente el juez de su función divulgativa del derecho, con su visión está yendo más allá del caso concreto y engarzándose con las fuentes creativas de este derecho. El considerar elementos confluyentes más allá del supuesto enjuiciado es aportar algo al derecho del trabajo no simplemente juzgar el caso, y nosotros a eso lo llamamos constructivismo.

◗ ***Presupuestos del constructivismo:*** observamos en lo dicho que el constructivismo engarza directamente con la historia creativa del derecho del trabajo y sus fuentes particulares. De aquí que sea exigible al juez laboral el conocimiento del iter histórico y material del derecho del trabajo pues solamente cuando se reconoce la conflictividad de la que ha nacido esta rama jurídica es posible abordar las relaciones laborales en la defensa de los intereses colectivos de los trabajadores, con general antagonismo con el mundo empresarial o productivo. El principio pro operario es una traslación interpretativa del devenir histórico del derecho laboral que se plasma en el eslabón constructivo de la jurisdicción social. El reconocimiento del especial carácter protector del derecho del trabajo es el prius necesario para acometer la función judicial desde la perspectiva que propugnamos constructivista. No es suficiente un talante judicial abierto o rígido, es necesario saber que participamos de un derecho con una breve historia pero tan rica en sucesos y acontecimientos que nos ha dotado de unos instrumentos institucionales únicos y exclusivos, desconocidos en otras ramas y que solamente pueden ser ejercitados y reconocidos en el mundo del trabajo.

Al anterior presupuesto añadimos el necesario talante comprometido de la jurisdicción social en el derecho del trabajo. En la antropología social se diferencian dos sujetos: etic y emic. Aquel se refiere al observador y este al observado. Rechazamos la posibilidad de que la actividad judicial laboral se conciba como la de un observador de la realidad social con un objeto susceptible de determinarse para la observación. En la justicia laboral no existe ni observador ni observado. El juez se encuadra en la misma dinámica y plano horizontal que los sujetos laborales a la hora de resolver el conflicto, llevando a cabo en su operativa la creación del derecho del trabajo. Diferente de ello es la atribución de las funciones de resolución que con autoridad y poder se le han conferido. Este es un plano de jerarquía en el institucionalismo pero que no es la única y exclusiva potestad del tribunal, pues este, además, participa en esa nueva esfera creativa del derecho de trabajo.

Ya observamos que nos hemos encontrado con un elemento de subjetividad respecto a la mentalidad del órgano judicial a la hora de examinar el derecho del trabajo. Y, aquí, observamos un nuevo presupuesto en el constructivismo que es el que nace del necesario conocimiento del mundo del trabajo, que se encuentra con dos realidades. Una es la de los hechos y otra la del derecho. En las empresas, en las prestaciones de trabajo, hay una realidad fáctica en la que los intereses de las partes presentan especial relevancia; este conocimiento de la realidad es básico para poder integrar el derecho del trabajo. Pero, a los hechos se añade que el mundo laboral ha sido capaz de construir una rama jurídica con una dinamicidad propia, que no por ello le separa del mundo del derecho, de la obligatoriedad jurídica y del principio de reciprocidad de los derechos y obligaciones que se crean. Saber congeniar ambos planos –hechos y derecho- requiere ser consciente del depósito que en las togas ha querido dejar el derecho del trabajo. La recepción del bagaje histórico conflictivo y fluido del derecho del trabajo por parte de los órganos judiciales es un presupuesto esencial para poder configurar a los jueces en los garantes del mantenimiento del derecho laboral en su sentido primigenio de controversia, lucha y paz social. La inmensidad de la realidad que se ha puesto en las manos judiciales requiere un conocimiento de la misma, que solamente es satisfecho con una posición constructivista por parte de los jueces. La forma de concebir el derecho del trabajo en la judicatura con una perspectiva constructivista por parte de los titulares de los órganos judiciales es una exigencia que cierra el círculo creativo del derecho del trabajo.

Se observa que el constructivismo está íntimamente relacionado con la mentalidad, con el ethos judicial. No en el sentido de una determinada ideología, sino en el de sentir la plasticidad artesanal que el juez laboral presenta en su función creativa del derecho del trabajo.

El presupuesto de conocimiento de la juridicidad del derecho del trabajo hace que nos separemos y rechacemos en el constructivismo la suplantación de quienes son los sujetos prioritarios de la elaboración de las fuentes del derecho del trabajo. No sustituimos los jueces a los agentes sociales. Conocer las realidades no supone el definirlas. En la jurisprudencia se diferencian dos tipos de conflictos, los jurídicos y los de intereses. Aquellos son los que se refieren a controversias que se resuelven con los instrumentos del derecho, estos son los que se manejan por las voluntades de las partes. La jurisdicción solo puede referirse a los conflictos jurídicos y no a los de intereses porque, además de que nadie ha legitimado a los jueces para ser interlocutores en las relaciones de trabajo o para imponer sus criterios personales, la iniciativa y propulsión de las fuentes del derecho no corresponde a la judicatura sino a las partes a las que el desarrollo del derecho del trabajo ha configurado como tales, y estas partes no pueden ser relegadas mediante actos de imperio judicial. La solución de los jueces en sus sentencias contribuye a la creación del derecho pero no establece las relaciones subyacentes del trabajo, las que son propias y exclusivas de los sujetos activos del derecho del trabajo.

5. Un Epilogo a modo de conclusión

Joan Coscubiela en el número 231 de la Revista de la Comisión de lo Social de Juezas y Jueces para la Democracia expresaba ante la reforma laboral del Real Decreto Ley 32/2021 su deseo de que la jurisprudencia iniciase un progresivo cambio de tendencia para recuperar algunos de los conceptos y principios básicos del carácter tuitivo del derecho del trabajo. Tiene razón el autor al expresar que su deseo es un sueño, y es triste que así sea porque el que la jurisdicción social haya perdido, o lo que es peor, no haya alcanzado, el conocimiento de la grandeza que se ha depositado en las salas judiciales es el reflejo de la falta de sentido que para los jueces puede tener la función judicial en el ámbito laboral.

El que tanto los integrantes del poder judicial en la esfera del trabajo como los agentes sociales cuando acuden a los tribunales, o el mismo legislador que tantas veces interfiere en las relaciones de trabajo cuando se enfrenta con los fallos judiciales, adopten la fórmula estoica de sustiene et abstine es la clara manifestación del escaso conocimiento y trascendencia que del derecho del trabajo tenemos quienes nos dedicamos al mismo, y de cómo el cientificismo logra eliminar la esencia del poder judicial.

En los derechos sociales, a los que ya nos hemos referido y son de carácter afirmativo, es claro que a los jueces en su aplicación se nos exige una actividad creativa que nace de la necesaria positividad de los derechos que hemos de realizar ante las situaciones de necesidad y de carencia previstas normativamente. Muchas veces la inactividad administrativa que con su silencio no ha dado una respuesta a la prestación solicitada, siendo la titular de la potestad, otorga al órgano judicial la competencia de definir y aplicar el derecho social. En estos casos, *construimos* los presupuestos jurídicos del devenir del derecho instado por el beneficiario.

El problema con el que realmente nos encontramos a la hora de intentar esta nueva visión del derecho del trabajo que llamamos constructivismo es que la concepción judicial para los mismos jueces, los agentes sociales, la administración o legislador es la de que el juez laboral es un instrumento de resolución de conflictos exclusivamente, y la repetición del rol judicial como un poder judicial ajeno a las realidades que enjuicia ha conducido a una creencia generalizada que se ha consolidado en tal sentido. Una muestra de ello es ese servilismo que incomprensiblemente se presenta por los jueces frente a la doctrina o academia.

La devaluación constante del importante papel creativo y constructor de los jueces en el ámbito laboral termina por confirmar el denominado teorema de Thomas que dice que cuando las personas definen una situación como real son reales sus consecuencias.

Agradezco a Joan Coscubiela la fe que ha depositado en nosotros, y espero con mi comentario atender parte de sus esperanzas y sueños.

EL PROTOCOLO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH
Magistrado especialista del Orden Social. TSJ Catalunya
Doctor en Derecho

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto aproximar la Carta Social Europea revisada y, en particular, 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. Para ello, se analizan los intervinientes, el objeto, el procedimiento de admisibilidad y la decisión sobre el fondo de las reclamaciones colectivas.

SUMMARY

The purpose of this paper is to approximate the revised European Social Charter and, in particular, the Collective Claims Protocol as well as the doctrine of the European Committee of Social Rights on its application to professionals of Labor Law and Social Security. For this, the interveners, the object, the admissibility procedure and the decision on the merits of the collective claims are analyzed.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto aproximar la Carta Social Europea revisada y, en particular, 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.

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 clave de la aplicación del protocolo de reclamaciones colectivas, a través de la interpretación que de la misma ha hecho el CEDS.

2.- EL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS

El procedimiento de quejas colectivas fue establecido por el Protocolo de 1995 y el reglamento del Comité. También se ha aclarado en el curso de las decisiones del Comité sobre la admisibilidad y el fondo de las denuncias. En España se ha publicado en el BOE de 28 de junio de 2021[1] lo que se denomina " Aplicación provisional del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas, hecho en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995 (en adelante PACSE) . En el último párrafo del PACSE se establece que: " *El presente Protocolo se aplicará provisionalmente por España desde el 1 de julio de 2021, fecha de entrada en vigor de la Carta Social Europea (revisada)."* Como puede observarse no se fija fecha máxima de vigencia, por lo que la misma, a pesar de la denominación de "provisional", es indefinida.

Hecha esta primera precisión, en las próximas líneas examinaremos el procedimiento de reclamaciones colectivas, analizando la admisibilidad y el examen sobre el fondo de las mismas, así como la interpretación que de las reglas de procedimiento ha hecho el CEDS. El procedimiento de reclamaciones colectivas se halla regulado en:

- El PACSE
- Las Reglas de Procedimiento del Comité Europeo de Derechos Sociales, (RPCEDS), concretamente en su Parte VIII, que abarca los artículos 23 a 40)[2].

1 Puede consultarse en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-10683

2 Puede consultarse en: https://rm.coe.int/rules-rev-320-en/1680a2c899

A- ADMISIBILIDAD

El Examen de la admisibilidad de la reclamación colectiva se regula en los arts.6 y7 del PACSE y en los arts. 29 y 30 del RPCEDS.

1. Las condiciones de admisibilidad establecidas en el Protocolo y en el reglamento del Comité

a) La reclamación (art.4 PACSE y art.23 y 24 RPCEDS)

Artículo 4. PACSE

La reclamación se presentará por escrito, se referirá a una disposición de la Carta aceptada por la Parte Contratante afectada y especificará en qué medida dicha Parte no ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición.

Artículo 5.PACSE

Toda reclamación se dirigirá al Secretario General, quien acusará recibo de la misma, la notificará a la Parte Contratante afectada y la remitirá inmediatamente al Comité de Expertos Independientes.

- debe presentarse por escrito;
- debe dirigirse al Secretario Ejecutivo del Comité que actúa en nombre del Secretario General del Consejo de Europa[3];
- debe indicar por qué la organización que presenta la reclamación considera que no se ha respetado la Carta[4];

Sobre este último punto, la motivación se puede dar de forma sucinta[5].

El hecho de que la motivación contenga un error material no necesariamente vicia la reclamación de inadmisibilidad [6].

Ciertos tipos de alegaciones quedan fuera del alcance del procedimiento de reclamación y, por tanto, no pueden constituir un motivo para declarar la denuncia admisible [7] [8]

La reclamación debe indicar las disposiciones de las que se alega la violación, incluido, cuando corresponda, el Artículo E de la Carta. Por el contrario, no puede alegar una violación del Artículo G de la Carta, que establece las condiciones bajo las cuales se pueden imponer restricciones al disfrute de los derechos consagra-

---

3 Organización Mundial contra la Tortura v. Grecia, denuncia núm. 17/2003, decisión de admisibilidad de 9 de diciembre de 2003, párrafos 2 y 5.

4 Grupo Europeo de Mujeres Tituladas Universitarias c. Bélgica, denuncia 124/2016; decisión sobre la admisibilidad del 4 de julio de 2017, §§6-9 et al.

5 Federación Europea de Empleados de Servicios Públicos (EUROFEDOP) c. Portugal Queja No. 5/1999, decisión de admisibilidad del 10 de febrero de 2000, §§ 4, 9 y 10.

6 Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) v. Bélgica, denuncia n ° 21/2003, decisión sobre la admisibilidad del 9 de diciembre de 2003, §§ 2 y 3

7 Unión Nacional de Dermatovenerólogos (SNDV) c. Francia, denuncia n ° 28/2004, decisión sobre la admisibilidad del 13 de junio de 2005 §§ 7 y 8.

8 Unión de Altos Funcionarios (SAIGI) c. Francia, denuncia n ° 29/2005, decisión sobre la admisibilidad del 14 de junio de 2005 §§ 6, 7 y 8.

dos en la Carta y no puede dar lugar a una violación como tal[9] [10] [11]. No obstante, esta disposición puede ser tenidos en cuenta para la interpretación de un artículo sustantivo de la Carta.[12] [13] Este régimen se aplica mutatis mutandis al Artículo F de la Carta[14].

Puede ser que la reclamación sea admisible para algunas de las disposiciones invocadas pero no suficientemente motivada para otras: en este caso, la reclamación solo es admisible para algunas de las disposiciones[15].

Las partes de la reclamación están obligadas por la decisión del Comité sobre la admisibilidad con respecto a las disposiciones de la Carta a las que se refiere la reclamación[16].
No obstante, el Comité podrá decidir a lo largo del procedimiento examinar los alegatos del autor en virtud de una disposición de la Carta diferente a la invocada. En tal caso, invita al Gobierno demandado a presentar sus observaciones sobre dicha disposición[17].
- La reclamación debe referirse a una disposición aceptada por el Estado demandado[18].

b) Legitimación activa: (vid. art.1 PACSE y art.25 RPCEDS)
Artículo 1 PACSE
Las Partes Contratantes en el presente Protocolo reconocen el derecho de las siguientes organizaciones a presentar reclamaciones en las que se denuncie la aplicación insatisfactoria de la Carta:
a) Las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que se refiere el apartado 2 del artículo 27 de la Carta;

---

9 Unión de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre el fondo del 15 de junio de 2005, §31 ;;.

10 Federación de Jubilados Asalariados de Grecia (IKA-ETAM) c. Grecia, denuncia n ° 76/2012, decisión sobre la admisibilidad de 23 de mayo de 2012, §§5-7

11 Fideicomiso para la igualdad de derechos (ERT) v. Bulgaria, denuncia núm. 121/2016, decisión de admisibilidad de 5 de julio de 2016 § 11

12 Federación de Jubilados Asalariados de Grecia (IKA-ETAM) c. Grecia, denuncia n ° 76/2012, decisión sobre el fondo del 7 de diciembre de 2012, §48.

13 Fideicomiso para la igualdad de derechos (ERT) v. Bulgaria, denuncia núm. 121/2016, decisión de admisibilidad de 5 de julio de 2016 § 11

14 Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, denuncia n ° 111/2014, decisión de admisibilidad de 19 de mayo de 2015, §10

15 Confederación General del Trabajo (CGT) c. Francia, denuncia núm. 55/2009, decisión de admisibilidad del 30 de marzo de 2009, §4

16 Confederación Democrática del Trabajo de Francia (CFDT) c. Francia, Demanda n ° 50/2008, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 2009, § 18

17 Confederación Democrática del Trabajo de Francia (CFDT) c. Francia, denuncia n ° 50/2008, decisión sobre la admisibilidad del 23 de septiembre de 2008, § 3.

18 Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Grecia Denuncia No 3/1999, decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 1999

b) otras organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental;
c) las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación.

La reclamación puede presentarla:
- una organización internacional de empleadores o de trabajadores mencionada en el párrafo 2 del artículo 27 de la Carta de 1961 (artículo 1.a del Protocolo).
El artículo 27 § 2 de la Carta de 1961 dice lo siguiente:
"Artículo 27 - Subcomité del Comité Social Gubernamental
(…)
2 Este subcomité estará compuesto por un representante de cada una de las Partes Contratantes. Invitará a dos organizaciones internacionales de empleadores y dos organizaciones internacionales de trabajadores, como máximo, a enviar observadores, en calidad de asesores, a sus reuniones. También podrá convocar a consulta como máximo a dos representantes de organizaciones no gubernamentales internacionales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa, sobre materias para las que estén especialmente cualificados, como, por ejemplo, el bienestar social y la protección económica y social de la familia. "

En la práctica, se invita a tres organizaciones a participar en el trabajo del Comité Gubernamental:
- dos organizaciones de empleadores: la Organización Internacional de Empleadores y Europa Empresarial;
- una organización de trabajadores: la Confederación Europea de Sindicatos.

Por tanto, estas tres organizaciones tienen la facultad de presentar reclamaciones contra todos los Estados que hayan aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas.

- ***una ONG internacional inscrita en la lista de organizaciones autorizadas para presentar reclamaciones(artículo 1.B. del Protocolo).***

-Organizaciones internacionales no gubernamentales (ONGI) que gocen de condición de participante en el Consejo de Europa e incluidas en la lista elaborada a tal efecto por el Comité Gubernamental de la Carta por un período renovable de 4 años.

Esta lista es elaborada por el Comité Gubernamental siguiendo el siguiente procedimiento, adoptado por el Comité de Ministros (decisión de 22 de junio de 1995):
◗ Se invita a las ONG internacionales que gozan de estatus de participación en el Consejo de Europa y que se consideran particularmente competentes en uno u

otro de los asuntos cubiertos por la Carta a expresar su deseo de aparecer en una lista especial de ONG internacionales habilitadas para presentar reclamaciones;

- cada solicitud debe basarse en una documentación detallada y rigurosa, destinada en particular a demostrar la capacidad de la ONG internacional para acceder a fuentes de información calificadas, realizar las comprobaciones necesarias, disponer de los dictámenes jurídicos oportunos, etc., con el fin de plantear la reclamación cumpliendo con los requisitos básicos de fiabilidad;
- todas las solicitudes se remiten al Comité Gubernamental, acompañadas de un dictamen del Secretario General, que tiene en cuenta el grado de interés y participación de la ONG internacional en sus relaciones habituales con el Consejo de Europa;
- una solicitud se considera aceptada por el Comité Gubernamental a menos que, después de una votación, sea rechazada por mayoría simple de los votos emitidos;
- La inscripción en la lista especial es válida por un período de cuatro años y caduca si la organización no solicita su renovación dentro de los seis meses anteriores a la expiración de este período. El procedimiento anterior se aplica a las solicitudes de renovación.

La lista se puede encontrar en el sitio web del Consejo de Europa en la página de la Carta Social www.socialcharter.int. (consultar aquí)

El hecho de que una ONG internacional facultada para presentar denuncias cuente con la asistencia de una ONG nacional o actúe como portavoz de dicha organización o presente una denuncia, esencialmente elaborada por una ONG nacional, no hace que la denuncia sea inadmisible[19] [20] [21].

- ***un sindicato nacional de trabajadores o empleadores representativos (artículo 1.c. del Protocolo***).

a) Noción de sindicato

El Comité examina si, de conformidad con el artículo 1 § c del Protocolo, la organización reclamante es un sindicato nacional[22] o una organización de empleadores[23]

---

19 Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Grecia, denuncia n ° 49/2008, decisión sobre admisibilidad de 23 de septiembre de 2008, §§ 2 y 8.

20 Defence for Children International v. Países Bajos, denuncia núm. 47/2008, decisión de admisibilidad del 23 de septiembre de 2008, §§ 6-11.

21 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Suecia, Demanda No. 99/2013, decisión de admisibilidad del 10 de septiembre de 2013, § 6.

22 Associazione Nazionale Giudici di Pace c. Italia, denuncia n ° 102/2013, decisión de admisibilidad de 2 de diciembre de 2014, §§ 5-10.

23 Bedriftsforbundet v. Noruega, Demanda No. 103/2013, decisión de admisibilidad del 14 de

y si, en caso afirmativo, es representativa a los efectos de la presente queja.
La condición de sindicato, a los efectos del procedimiento de quejas colectivas, está vinculada a las actividades desarrolladas por la organización reclamante, las cuales deben corresponder a las prerrogativas sindicales y no al nombre o forma de la organización[24] [25].

b) Representatividad

La representatividad de los sindicatos nacionales a los efectos del procedimiento de reclamaciones colectivas es un **concepto autónomo que no es necesariamente idéntico al concepto nacional de representatividad**; en otras palabras, un sindicato que no se considera representativo a nivel nacional puede ser considerado representativo a los efectos del procedimiento de reclamaciones colectivas [26] [27] [28] [29], incluso si, por supuesto, se toma en consideración el hecho de que un sindicato es representativo a nivel nacional para la negociación colectiva (ver más abajo). Sin embargo, si un sindicato no es considerado representativo a nivel nacional para la negociación colectiva, puede ser considerado representativo a los efectos del procedimiento de reclamaciones colectivas[30].
Entre los **criterios utilizados por el Comité para evaluar la representatividad de un sindicato a los efectos del procedimiento de reclamación colectiva** se encuentran:

- La valoración global de los documentos del expediente[31]
- el hecho de que un sindicato represente a la gran mayoría de los profesionales del sector de actividad en cuestión[32]

---

mayo de 2014, §§7-17.

24 Associazione sindacale “La Voce dei Giusti” c. Italia, denuncia núm. 105/2014, decisión de admisibilidad de 2 de diciembre de 2014

25 Movimento per la liberta ’della psicanalisi-associazione culturale italiana c. Italia, denuncia n ° 122/2016, decisión sobre la admisibilidad del 24 de marzo de 2017, §8-11.

26 Unión Nacional de Profesiones Turísticas c. Francia, denuncia n ° 6/1999, decisión sobre la admisibilidad del 10 de febrero de 2000, §§ 6 y 7.

27 Unión de Educación Occitana c. Francia, denuncia n ° 23/2003, decisión de admisibilidad del 13 de febrero de 2004, §§ 3 y 4.

28 Bedriftsforbundet v. Noruega, Demanda No. 103/2013, decisión de admisibilidad del 14 de mayo de 2014, § 13.

29 Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, denuncia n ° 146/2017, decisión de 12 de septiembre de 2017, §6

30 Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, denuncia n ° 146/2017, decisión de 12 de septiembre de 2017, §6.

31 Confédération Française de l’Encadrement “CFE-CGC” c. Francia, denuncia n ° 9/2000, decisión sobre la admisibilidad del 7 de noviembre de 2000, §§ 6-7. Associazione Nazionale Giudici di Pace c. Italia, denuncia n ° 102/2013, decisión de admisibilidad de 2 de diciembre de 2014, § 12.

32 STTK ry y Tehy ry v. Finlandia, denuncia No. 10/2000, decisión de admisibilidad del 12 de febrero de 2001, § 6.

- el hecho de que el sindicato es representativo a nivel nacional y, por tanto, puede negociar convenios colectivos [33]
- el hecho de que un sindicato ejerza, en la zona geográfica donde está implantado, actividades de defensa de los intereses materiales y morales de los trabajadores en un sector del que cuenta en número suficiente, en condiciones de independencia respecto de las autoridades de empleo.

Los mismos criterios se tienen en cuenta para las organizaciones de empleadores[34]. En ocasiones, el Comité consideró que no estaba en condiciones de determinar si se cumplía esta condición[35] o que no era necesario hacerlo a la luz de sus conclusiones sobre los motivos de la reclamación[36].
Cuando un sindicato es considerado representativo a los efectos del procedimiento de reclamaciones colectivas, puede presentar reclamaciones aunque se refieran a categorías profesionales distintas de las que representa a nivel nacional[37].
- una organización no gubernamental nacional representativa (artículo 2 § 1 del Protocolo) para los Estados que hayan hecho una declaración a tal efecto.
Solo Finlandia ha hecho tal declaración.

El concepto de "representatividad" para las organizaciones no gubernamentales nacionales es *mutatis mutandis* el mismo que para los sindicatos nacionales. A los efectos del procedimiento de reclamación colectiva, la representatividad de los sindicatos es un concepto autónomo que no tiene el mismo alcance que el concepto nacional de representatividad. Más aún con las asociaciones. Por tanto, corresponde al Comité establecer gradualmente el conjunto de criterios que le permitan evaluar la representatividad de las organizaciones nacionales, teniendo en cuenta, entre otras cosas, su finalidad social y su ámbito de actuación [38] [39].

c) La reclamación debe estar firmada por una persona autorizada para representar a la ONG o al sindicato. Esta condición estaba prevista en el artículo 20 del Reglamento del Comité; ahora está previsto en la sección 23 RPCEDS
Corresponde a la organización reclamante probar que el signatario estaba debida-

---

33 STTK ry y Tehy ry v. Finlandia, denuncia No. 10/2000, decisión de admisibilidad del 12 de febrero de 2001, § 6.

34 Confederación de Empresas Suecas c. Suecia Queja No. 12/2002, decisión de admisibilidad del 19 de junio de 2002, § 5.

35 Unión Nacional de Dermatovenerólogos (SNDV) c. Francia, denuncia n ° 28/2004, decisión de admisibilidad del 13 de junio de 2005, § 5.

36 Unión de Altos Funcionarios (SAIGI) c. Francia Queja n ° 29/2005, decisión sobre la admisibilidad del 14 de junio de 2005, § 3

37 Unión de Asuntos Laborales y Sociales de la SUD c. Francia, denuncia n ° 24/2004, decisión de admisibilidad del 7 de diciembre de 2004, §§ 10 y 11.

38 Asociación Central de Cuidadores de Finlandia c. Finlandia, denuncia núm. 70/2011, decisión de admisibilidad de 7 de diciembre de 2011, § 6.

39 Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, denuncia n ° 107/2014, decisión sobre admisibilidad y fondo del 6 de septiembre de 2016, §§28-30

mente autorizado para presentar una reclamación. De lo contrario, la reclamación es inadmisible[40].
La reclamación puede ser firmada por el Presidente o el Director General siempre que el interesado esté autorizado para ello por los estatutos de la organización. Este es el caso si los estatutos otorgan competencia al firmante de la reclamación para emprender acciones legales[41] o defender los intereses de la organización o realizar todos los actos necesarios para la consecución de los objetivos estatutarios de la organización[42].

A falta de estar autorizado permanentemente por los estatutos, el signatario puede ser autorizado por acuerdo del órgano rector de la asociación o sindicato. En este caso, no hay límite de tiempo para la fecha del acuerdo, que puede tener lugar incluso después de la presentación de la denuncia [43] [44] [45], pero la decisión de admisibilidad no puede tomarse antes del acuerdo.

La delegación puede realizarse en cascada si, en cada paso, se cumplen las condiciones[46] .
El firmante puede ser vicepresidente si los estatutos así lo disponen o si se le delega de acuerdo con los principios antes indicados[47] [48].
El hecho de que el firmante abandone la organización reclamante durante el procedimiento (incluso antes de la decisión de admisibilidad) no invalida retroactivamente la presentación[49].

---

40 Frente Comum de Sindicatos da Administração Pública c. Portugal, denuncia n ° 36/2006, decisión de admisibilidad de 5 de diciembre de 2006, § 4

41 Unión de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre la admisibilidad del 7 de diciembre de 2004, § 5

42 Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) v. Grecia, denuncia núm. 17/2003, decisión de admisibilidad de 9 de diciembre de 2003, § 5.

43 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005, § 7.

44 Central General de Servicios Públicos (CGSP) c. Bélgica Queja n ° 25/2004, decisión de admisibilidad del 6 de septiembre de 2004, §§ 2 y 8.

45 Organización Europea de Asociaciones Militares (EUROMIL) c. Irlanda, Demanda No. 112/2014, decisión de admisibilidad del 30 de junio de 2015, § 8.

46 Unión de Agregados de Educación Superior (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión de admisibilidad del 7 de diciembre de 2004, §§ 4 y 5

47 Unión Nacional de Profesiones Turísticas c. Francia, denuncia n ° 6/1999, decisión de admisibilidad del 10 de febrero de 2000, §§ 9 y 10.

48 Unión de Educación Occitana c. Reclamación de Francia n ° 23/2003, decisión sobre la admisibilidad del 13 de febrero de 2004, § 8

49 Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Croacia, Demanda No. 52/2008, Decisión de Admisibilidad de 30 de marzo de 2009, § 14

Cuando la denuncia se presente en nombre de más de una organización, la autorización del firmante debe haber sido realizada por cada una de las organizaciones [50] [51]

No existe una condición formal particular para la firma: debe figurar en uno de los documentos, ya sea la propia reclamación o la carta adjunta, o un documento posterior[52].

d) Si es presentada por una ONG (internacional o nacional), la reclamación debe referirse a un ámbito para el cual la ONG esté particularmente calificada.
Artículo 3. PACSE
Las organizaciones internacionales no gubernamentales y las organizaciones nacionales no gubernamentales mencionadas en el artículo 1.b) y en el artículo 2, respectivamente, podrán presentar reclamaciones de conformidad con el procedimiento establecido en dichas disposiciones únicamente respecto de las materias en las que se les haya reconocido especial competencia.

El Comité toma nota de esta particular salvedad en el examen:
- los estatutos de la ONG [53] [54] [55]y / o
- de su objeto[56] [57] o de sus objetivos[58]
- de sus actividades[59] que demuestren una implicación y preocupación largo recorrido del reclamante en los ámbitos de la reclamación[60] o que demuestren una

50 Sindicato de Trabajo y Asuntos Sociales del SUD c. Francia, denuncia n ° 24/2004, decisión sobre la admisibilidad del 7 de diciembre de 2004, §§ 3 y 7

51 Transgender Europe e ILGA-Europe v. República Checa, Demanda No. 117/2015, Decisión de Admisibilidad de 9 de septiembre de 2015, § 8.

52 Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) v. Grecia, Demanda No. 17/2003, Decisión de Admisibilidad de 9 de diciembre de 2003, § 5

53 51 Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Queja de Croacia No. 45/2007, decisión de admisibilidad del 1 de abril de 2008, § 5.

54 Consejo Europeo de Sindicatos de Policía c. Portugal, Demanda No. 11/2001, decisión de admisibilidad del 17 de octubre de 2001, § 5.

55 Asociación Internacional de Autismo-Europa (OIEA) c. Francia, denuncia n ° 13/2002, decisión de admisibilidad del 12 de diciembre de 2002, § 7.

56 Fundación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Francia, denuncia n ° 14/2003, decisión sobre la admisibilidad del 16 de mayo de 2003, § 5.

57 Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) v. Grecia, denuncia núm. 17/2003, decisión de admisibilidad de 9 de diciembre de 2003, § 6.

58 Consejo Cuáquero para Asuntos Europeos (QCEA) v. Grecia Queja No. 8/2000, decisión de admisibilidad del 28 de junio de 2000, § 8.

59 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) v. Grecia, Demanda No. 15/2003, decisión de admisibilidad del 16 de junio de 2003, § 5.

60 Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos (FMDH) c. Grecia, denuncia núm. 30/2005, decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005, §§ 3, 7 y 12.

competencia general en el ámbito de los derechos humanos[61] y un mandato muy amplio[62]
- la cualificación reconocida en otros lugares, en particular en el Consejo de Europa (Conferencia de ONG internacionales)[63]
- no se tiene en cuenta el ámbito de competencia de la organización nacional del Estado demandado afiliado a la ONG internacional reclamante[64]
- el hecho de que la ONG no demuestre haber realizado acciones en el Estado demandado no le priva de estar especialmente cualificada a la hora de realizar actividades a nivel europeo[65] 63
- la ONG internacional no necesariamente tiene que demostrar su competencia en la propia denuncia; puede hacerlo en un escrito posterior[66]64.

2. Objeciones de inadmisibilidad planteadas por los gobiernos encuestados sobre otros aspectos

Al examinar las objeciones de inadmisibilidad formuladas por los gobiernos en áreas distintas de las de los artículos del Protocolo o del Reglamento, el Comité aclaró el procedimiento proporcionando los siguientes detalles:

No agotamiento de los recursos internos

1) El procedimiento de reclamación colectiva no exige el agotamiento de los recursos internos aunque existan[67] [68].

Sobre la repetición de la acción

2) Una reclamación puede ser declarada admisible incluso si ya se ha presentado un caso similar ante otro organismo nacional o internacional, en particular el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer[69]

---

61 Centro de Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, Demanda No. 41/2007, decisión de admisibilidad del 26 de junio de 2007, § 6.

62 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Irlanda, denuncia núm. 42/2007, decisión de admisibilidad del 16 de octubre de 2007, §§ 7-9.

63 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Suecia, Demanda No. 99/2013, decisión de admisibilidad del 10 de septiembre de 2013

64 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Irlanda, Demanda No 89/2013, decisión de admisibilidad de 2 de julio de 2013, § 14.

65 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Irlanda, denuncia No 89/2013, decisión de admisibilidad de 2 de julio de 2013, § 11.

66 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Irlanda, denuncia No 89/2013, decisión de admisibilidad de 2 de julio de 2013, § 13.

67 Unión de Agrégés de l'Enseignement Supérieur (SAGES) c. Francia, denuncia n ° 26/2004, decisión sobre la admisibilidad del 7 de diciembre de 2004, §§ 11 y 12

68 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005, § 10.

69 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Holanda, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre el fondo de 1 de julio de 2013, §13., § 9

3) El hecho de que una disposición de la Carta ya haya sido objeto de una reclamación anterior no comporta la inadmisibilidad de otra reclamación relacionada con dicha disposición[70].

Relación con el sistema de informes

4) Los principios legales de *res judicata* y *non bis in idem* son irrelevantes en la relación entre el procedimiento de denuncia colectiva y el procedimiento de examen de informes. Ni el hecho de que el Comité ya haya examinado una situación con ocasión del procedimiento de examen de los informes nacionales ni el hecho que será llamado a examinar uno nuevo en el curso de los ciclos ulteriores de control no comporta por sí mismo la inadmisión de una reclamación colectiva relativa a la misma disposición y a la misma parte[71] [72] [73].

La comunicación de nuevos elementos en el contexto de una reclamación puede llevar al Comité a realizar una nueva evaluación de una situación ya examinada en el contexto de reclamaciones anteriores y, en su caso, tomar decisiones que puedan diferir de las conclusiones ya adoptadas[74].

4bis) La alegación de que la reclamación parece constituir una alternativa y no un complemento al procedimiento de examen de informes gubernamentales, ya que también está dirigida contra los otros 14 Estados que han aceptado el mecanismo de denuncia colectiva, es irrelevante en materia de admisibilidad cuando la reclamación contiene denuncias sobre la situación específica en el país en cuestión[75].
(5) La alegación de que la reclamación no revela ningún elemento nuevo no incide en la admisibilidad, ya que la reclamación contiene alegatos sobre la situación de hecho y de derecho que siguen produciendo sus efectos en el momento de su presentación[76].
6) El hecho de que el Comité Gubernamental no haya propuesto, en el marco del procedimiento de informe, al Comité de Ministros que adopte una recomendación

---

70 Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Grecia, denuncia n ° 49/2008, decisión sobre la admisibilidad del 23 de septiembre de 2008, § 7.

71 Comisión Internacional de Juristas (CIJ) c. Portugal, denuncia núm. 1/1998, decisión de admisibilidad de 10 de marzo de 1999, §§ 10-13

72 Association for the Protection of Children (APPROACH) Ltd v. Francia, denuncia n ° 92/2013, decisión sobre la admisibilidad del 2 de julio de 2013, §10.

73 Foro Europeo de Gitanos y Viajeros (FERV) c. República Checa, Demanda No. 104/2014, Decisión de Admisibilidad de 30 de junio de 2014

74 Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) v. Francia, denuncia n ° 68/2011, decisión sobre el fondo de 23 de octubre de 2012, §30.

75 Grupo Europeo de Mujeres Tituladas Universitarias c. Finlandia, denuncia n ° 129/2016, decisión de admisibilidad del 4 de julio de 2017, §9.

76 Association for the Protection of Children (APPROACH) Ltd v. Francia, denuncia n ° 92/2013, decisión sobre la admisibilidad del 2 de julio de 2013, §11.

sobre la situación objeto de la reclamación, no tiene ningún efecto sobre la admisibilidad[77].

Carácter colectivo de la reclamación

7) La denuncia es colectiva, pero puede ilustrarse con casos concretos[78].

Presunta naturaleza manifiestamente infundada de la reclamación

8) El carácter manifiestamente infundado de la reclamación se relaciona con el fondo de la denuncia y no se examina en la etapa de admisibilidad[79].

Asimismo, la consideración del alegato de falta de fundamento de la reclamación corresponde al examen del fondo de la misma y no de su admisibilidad[80].

Asimismo, el examen de la alegación de que la reclamación utilizó y citó fuentes desactualizadas se enmarca dentro examen del fondo de la reclamación[81].

9) Lo mismo se aplica a las alegaciones de que la reclamación no entra en el ámbito de aplicación de un artículo de la Carta[82] [83] [84] o de que las personas objeto de la misma no entran en el ámbito *rationae personae* de la Carta según lo dispuesto en el Anexo[85] [86] o que la reclamación invocase erróneamente un artículo de la Carta en lugar de otro[87].

Consecuencias de la aceptación 'a la carta' de la Carta

10) También ocurre la misma situación cuando las alegaciones se refieren a diferentes disposiciones de la Carta que no han sido todas aceptadas por el Estado

---

77 Association for the Protection of Children (APPROACH) Ltd v. República Checa, Demanda No. 96/2013, decisión de admisibilidad del 2 de julio de 2013, §10.

78 Federación Internacional de Derechos Humanos (FIDH) c. Irlanda, Demanda No. 42/2007, Decisión de Admisibilidad del 16 de octubre de 2007, § 11.

79 Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Italia Queja No. 4/1999, decisión de admisibilidad del 10 de febrero de 2000, § 12.

80 Grupo Europeo de Mujeres Tituladas Universitarias c. Bélgica, denuncia 124/2016, decisión sobre la admisibilidad de 4 de julio de 2017, §§6-9 et al.

81 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Irlanda, Demanda No. 89/2013, decisión de admisibilidad del 2 de julio de 2013, §15

82 Consejo Cuáquero para Asuntos Europeos (QCEA) v. Grecia, Demanda No. 8/2000, decisión de admisibilidad del 28 de junio de 2000, § 10.

83 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes v. Bulgaria, denuncia núm. 31/2005, decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005, §§ 8 y 9.

84 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Suecia, denuncia n ° 99/2013, decisión sobre la admisibilidad de [10] de septiembre de 2013, §§ 2 y 10

85 Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (ERRC) v. Italia, denuncia n ° 27/2004, decisión de admisibilidad de 6 de diciembre de 2004, §§ 2 y 7.

86 Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre la admisibilidad de 1 de julio de 2013, §§ 10 y 12.

87 Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Irlanda, Demanda No. 89/2013, decisión de admisibilidad del 2 de julio de 2013, §15

demandado[88] [89]. Sería diferente si se refirieran a disposiciones de las cuales ninguna ha sido aceptada. Las quejas deben estar relacionadas con una disposición aceptada por el Estado demandado[90].

Interpretación del derecho interno

11) Las cuestiones de interpretación del derecho interno también corresponden al examen del fondo de reclamación y no de la admisibilidad[91].

Enmiendas a la legislación nacional

12) El hecho de que un Gobierno se proponga modificar las disposiciones en objeto de la reclamación no tiene ningún efecto sobre la admisibilidad de la misma y está bien fundado incluso si se ha iniciado el procedimiento de revisión[92] [93].

13) La alegación de que el objeto de la reclamación es influir en el proceso constitucional o legislativo no resulta eficaz para impedir la admisibilidad de una reclamación[94].

14) La alegación de que la situación ha cambiado desde que se registró la reclamación tampoco tiene relación con la admisibilidad y corresponde al examen de fondo[95].

Responsabilidad del gobierno

15) Cuando la reclamación se refiere a hechos que involucran a terceros, la cuestión del alcance de la responsabilidad del Gobierno no surge del examen de admisibilidad sino del examen del fondo de la reclamación[96].

16) La fecha de entrada en vigor de la Carta con respecto a un Estado constituye el punto de partida de la competencia *rationae temporis* del Comité, en virtud del

---

88 Centro de Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, Demanda No. 41/2007, decisión de admisibilidad del 26 de junio de 2007, §§8-10.

89 Foro Europeo de Gitanos y Viajeros (FERV) c. República Checa, Demanda No. 104/2014, Decisión de Admisibilidad de 30 de junio de 2014, § 10.

90 Federación Europea de Empleados de Servicios Públicos (EUROFEDOP) v. Grecia Denuncia No 3/1999, decisión de admisibilidad de 13 de octubre de 1999.

91 Consejo Europeo de Sindicatos de Policía c. Portugal, Denuncia No. 11/2001, decisión de admisibilidad del 17 de octubre de 2001, §§ 3 y 7.

92 Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) c. Demanda de Grecia n ° 7/2000, decisión de admisibilidad del 28 de junio de 2000, § 9.

93 Association for the Protection of Children (APPROACH) Ltd v. Chipre, denuncia No. 97/2013, decisión de admisibilidad de 2 de julio de 2013, §11.

94 Consejo Europeo de Sindicatos de Policía c. Portugal, Denuncia No. 11/2001, decisión de admisibilidad del 17 de octubre de 2001, §§ 3 y 8.

95 Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Croacia, denuncia No. 45/2007, decisión de admisibilidad del 1 de abril de 2008, § 7.

96 Fundación Marangopoulos para los Derechos Humanos (FMDH) c. Grecia, denuncia núm. 30/2005, decisión de admisibilidad de 10 de octubre de 2005, § 14

principio de irretroactividad de los tratados codificado en el artículo 28 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Sin embargo, este principio no puede invocarse contra decisiones que hayan tenido lugar o hechos que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor de la Carta con respecto a una Parte y que continúen produciendo efectos después de esa fecha. violación continua[97] [98]

B.- EXAMEN SOBRE EL FONDO

Esta parte se ocupa únicamente de los aspectos procesales del examen del fondo de la reclamación.

Con respecto a los aspectos sustantivos del procedimiento, es decir, la interpretación que hace el Comité de las disposiciones de la Carta al examinar las reclamaciones, conviene remitirse a las partes III y IV del Digesto.

En cuanto al régimen jurídico del examen sobre el fondo de la reclamación, éste se contempla en:

- Arts. 7 y 8 del PACSE
- arts.31- 35 del RPCEDS, que regulan: el procedimiento escrito entre las partes (art.31); la intervención de terceras partes (art.32); la solicitud de observaciones (art.32A); la audiencia (art.33); la participación en las deliberaciones (art.34) y la decisión sobre el fondo del Comité.

A) El desarrollo procedimiento

Artículo 7. PACSE

1. Si resuelve que la reclamación es admisible, el Comité de Expertos Independientes lo notificará a las Partes Contratantes en la Carta a través del Secretario General. Solicitará de la Parte Contratante afectada y de la organización que presentó la reclamación que presenten, dentro del plazo que el Comité establezca, todas las aclaraciones o informaciones escritas que procedan, e instará a las demás Partes Contratantes en el presente Protocolo a presentar las observaciones que deseen formular dentro del mismo plazo.

2. Cuando la reclamación haya sido presentada por una organización nacional de empleadores o de trabajadores u otra organización nacional o internacional no gubernamental, el Comité de Expertos Independientes lo notificará a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores mencionadas en el apartado 2 del artículo 27 de la Carta, a través del Secretario General, invitándoles a presentar sus observaciones dentro del plazo que el Comité establezca.

---

97 Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Eslovenia, denuncia núm. 53/2008, decisión de admisibilidad de 2 de diciembre de 2008, § 8.

98 Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Croacia, denuncia núm. 52/2008, decisión de admisibilidad de 30 de marzo de 2009 § 18

3. Sobre la base de las aclaraciones, informaciones u observaciones presentadas en virtud de los anteriores apartados 1 y 2, la Parte Contratante afectada y la organización que presentó la reclamación podrán presentar otras informaciones u observaciones escritas en el plazo que establezca el Comité de Expertos Independientes.
4. Cuando proceda a examinar la reclamación, el Comité de Expertos Independientes podrá organizar una audiencia con los representantes de las partes.
Artículo 8. PACSE
1. El Comité de Expertos Independientes elaborará un informe en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación.
2. El informe se remitirá al Comité de Ministros. Se remitirá también a la organización que presentó la reclamación y a las Partes Contratantes en la Carta, que no estarán facultadas para publicarlo.
El informe se remitirá a la Asamblea Parlamentaria y se hará público simultáneamente a la resolución mencionada en el artículo 9 o antes de que transcurran cuatro meses desde su remisión al Comité de Ministros.

1. Procedimiento escrito, contradictorio entre las partes (art.31 RPCEDS)
Cuando una reclamación ha sido declarada admisible, el Comité Europeo de Derechos Sociales solicita al Estado en cuestión que presente, por escrito, dentro del plazo que establezca, un memorando sobre el fondo de la reclamación.
Seguidamente, el Presidente del Comité invita a la organización que presentó la denuncia a presentar, en las mismas condiciones, una respuesta a este escrito.
A continuación, el presidente del Comité invita al Estado en cuestión a presentar una nueva respuesta.
En principio, el procedimiento escrito finaliza en esta fase. Sin embargo, el Presidente tiene la opción de aceptar que las partes de la reclamación presenten documentos adicionales respetando el carácter contradictorio del procedimiento.
Cuando lo considere oportuno, el presidente, previa consulta al ponente, podrá decidir el cierre del procedimiento escrito. Después de esta decisión, solo excepcionalmente se pueden presentar nuevos documentos sobre la base de una solicitud motivada.
Todo el material presentado por las partes de la reclamación es público a menos que el Comité decida lo contrario en el caso concreto (por ejemplo, para una lista de testigos). Las quejas, alegatos, respuestas y observaciones escritas, así como cualquier información comunicada durante el procedimiento, se publican en el sitio web del Consejo de Europa (a excepción de los anexos).
“El texto de toda reclamación registrada, así como de los documentos anexos, así como cualquier escrito, respuesta u observación que se presente en aplicación de los artículos 31, 32, 35 y 36, serán públicos tan pronto como sean transmitidos al Comité, a menos que este último decida lo contrario ene el caso concreto “(Artículo 37 del Reglamento).

2. Intervención de terceros (art.32 RCEDS)

Durante el procedimiento escrito se prevén diversas intervenciones de terceros.

a) Otros Estados Partes que hayan aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas.

Solo los Estados Partes que hayan aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas podrán presentar observaciones sobre cualquier reclamación declarada admisible dirigida contra otro Estado.

El plazo fijado para ellos corresponde al fijado para las alegaciones sobre el fondo del Gobierno demandado.

En la práctica, es raro e incluso excepcional que los Estados Partes se acojan a esta opción. Se pueden observar los siguientes ejemplos:

- Unión de Educación Occitana c. Francia, denuncia núm. 23/2003 (comentarios de Bélgica);
- Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia, denuncia núm. 39/2006 (comentarios de Finlandia);
- Confédération Française de l'Encadrement "CFE-CGC" c. Francia, denuncia núm. 56/2009 (comentarios de Finlandia);
- Confederación Europea de Sindicatos (CES) / Central General de Sindicatos Liberales de Bélgica (CGSLB) / Confederación de Sindicatos Cristianos de Bélgica (CSC) / Federación General de Trabajadores de Bélgica (FGTB) c. Bélgica, denuncia núm. 59/2009 (comentarios de Finlandia).

b) sindicatos y organizaciones de empleadores

Se invita a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores (es decir, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), Business Europe y la Organización Internacional de Empleadores (OIE)) a comentar las quejas presentadas por organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores o por (internacionales) organizaciones no gubernamentales (O (I) NG). Las observaciones presentadas en este contexto se comunican a la organización que presenta la denuncia y al Estado demandado. Se pueden observar los siguientes ejemplos:

La Confederación Europea de Sindicatos (CES) comentó las siguientes quejas:

- Comisión Internacional de Juristas (CIJ) c. Portugal, denuncia nº 1/1999;
- Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Francia, denuncia nº 2/1999;
- Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Italia, denuncia Nº 4/1999;
- Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Portugal, denuncia núm. 5/1999;
- Unión Nacional de Profesiones Turísticas c. Francia, denuncia nº 6/1999;
- Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) c. Grecia, denuncia núm. 7/2000;
- Consejo Cuáquero para Asuntos Europeos (QCEA) c. Grecia, denuncia núm. 8/2000;

- Confédération Française de l'Encadrement "CFE-CGC" c. Francia, denuncia núm. 9/2000;
- Tehy ry y STTK ry c. Finlandia, denuncia núm. 10/2000;
- Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) c. Francia, denuncia nº 11/2001;
- Confederación de Empresas Suecas c. Denuncia de Suecia Nº 12/2002;
- Asociación Internacional de Autismo-Europa (AIAE) c. Francia, denuncia nº 13/2002;
- Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) c. Grecia, denuncia Nº 15/2003;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Grecia, denuncia núm. 17/2003;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Irlanda, denuncia núm. 18/2003;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Italia, denuncia núm. 19/2003;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Portugal, denuncia núm. 20/2003;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Bélgica, denuncia Nº 21/2003;
- Asuntos sociales de Union SUD Travail c. Francia, denuncia Nº 24/2004;
- Central General de Servicios Públicos (CGSP) c. Bélgica, denuncia Nº 25/2004;
- Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) c. Italia, denuncia núm. 27/2004;
- Movimiento internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia, denuncia nº 33/2006;
- Organización Mundial contra la Tortura (OMCT) c. Portugal, denuncia núm. 34/2006;
- Federación de Empresas de Finlandia v. Finlandia, denuncia núm. 35/2006;
- Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) c. Portugal, denuncia núm. 37/2006;
- Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Francia, denuncia núm. 39/2006;
- Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) c. Portugal, denuncia Nº 40/2007;
- Centro Europeo de Derechos de los Romaníes (CEDR) c. Bulgaria, denuncia Nº 46/2007;
- Federación de Jubilados Asalariados de Grecia (IKA ETAM) c. Grecia, denuncia núm. 76/2012;
- Federación Panhelénica de Pensionistas del Servicio Público c. Grecia, denuncia núm. 77/2012;
- Sindicato de Jubilados de los Ferrocarriles Eléctricos Atenas-Pireo (I.S.A.P.) c. Grecia, denuncia núm. 78/2012;
- Federación Panhelénica de Jubilados de la Empresa Pública de Electricidad (POS-DEI.) C. Grecia, denuncia núm. 79/2012;
- Unión de Pensionistas del Banco Agrícola de Grecia (ATE) c. Grecia, denuncia núm. 80/2012;
- Confederación General del Trabajo de Suecia (LO) y Confederación General de P&MS, Funcionarios y Empleados (TCO) c. Suecia, denuncia núm. 85/2012;

- Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, denuncia núm. 91/2013;
- Bedriftsforbundet v. Noruega, denuncia núm. 103/2013;
- Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales v. Finlandia, denuncias núm. 106/2014 y núm. 107/2014;
- Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, denuncia núm. 111/2014;
- Matica hrvatskih sindikata c. Croacia, denuncia núm. 116/2015;
- Grupo Europeo de Mujeres Graduadas Universitarias (UWE / GEFDU) c. Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suecia, reclamaciones no 124/2016 a 138/2016;
- Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, denuncia núm. 140/2016;
- Foro Europeo de la Juventud (YFJ) c. Bélgica, denuncia n ° 150/2017.

La OIE comentó las siguientes quejas:
- Confederación de Empresas Suecas c. Suecia, denuncia núm. 12/2002;
- Confederación Europea de Sindicatos (CES) / Central General de Sindicatos Liberales de Bélgica (CGSLB) / Confederación de Sindicatos Cristianos de Bélgica (CSC) / Federación General de Trabajadores de Bélgica (FGTB) c. Bélgica, denuncia nº 59/2009;
- Confederación General del Trabajo de Suecia (LO) y Confederación General de P&MS, Funcionarios y Empleados (TCO) c. Suecia, denuncia núm. 85/2012;
- Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales v. Finlandia, denuncias n ° 106/2014, n ° 107/2014 y n ° 108/2014;
- Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, denuncia núm. 111/2014;
- Congreso de Sindicatos de Irlanda v. Irlanda, denuncia núm. 123/2016;
- Foro Europeo de la Juventud (YFJ) c. Bélgica, denuncia n ° 150/2017.Business Europe formuló observaciones en una sola denuncia, a saber:
- Confederación General del Trabajo de Suecia (LO) y Confederación General de P&MS, Funcionarios y Empleados (TCO) c. Suecia, denuncia núm. 85/2012.

3. OBSERVACIONES (ART.32A RPCEDS)

A propuesta del Ponente, el Presidente del Comité podrá invitar a cualquier organización, institución o persona a presentar observaciones. Los comentarios recibidos por el Comité se comunican al Estado interesado y a la organización que presenta la denuncia.

Hasta la fecha, se ha invitado a las siguientes organizaciones a enviar comentarios:
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Defensa de la Infancia Internacional (DCI) v. Bélgica, denuncia nº 69/2011;

- Plataforma de Cooperación Internacional sobre Migrantes Indocumentados (PICUM) en DCI v. Bélgica ;
- Centro de Igualdad de Oportunidades para la Lucha contra el Racismo en la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) c. Bélgica, denuncia n ° 75/2011 y en el Centro para la Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bélgica, denuncia n ° 109/2014;
- Centro Europeo para el Derecho y la Justicia (ECLJ) en la Federación Internacional de Planificación Familiar - Red Europea (IPPF EN) c. Italia, denuncia núm. 87/2012;
- Movimento italiano per la vita, Associazione Luca Coscioni per la Libertà di Ricerca Scientifica y Associacione Italiana per l'Educazione Demografica AIED en IPPF EN v. Italia, denuncia n ° 87/2012 y CGIL c. Italia, denuncia núm. 91/2013;
- Asociación Giuristi Per La Vita" en CGIL c. Italia, denuncia núm. 91/2013;
- Alliance Defending Freedom (ADF) en la Federación de Asociaciones de Familias Católicas en Europa (FAFCE) c. Denuncia de Suecia n ° 99/2013 y en Transgender-Europe e ILGA-Europe v. República Checa, denuncia núm. 117/2015;
- Asociación Sueca para la Educación en Sexualidad (RFSU), Centro de Derechos Reproductivos e Instituto Ordo Iuris en FAFCE v. Denuncia de Suecia Nº 99/2013;
- Organismo Unitario Magistrati Onorari Uniti (OUMOU) y Unione Nazionale Italiana Magistrati Onorari (UNIMO) en Associazione Nazionale Giudici di Pace c. Italia, denuncia núm. 102/2013;
- El Defensor de los Derechos en las denuncias del Comité Europeo de Acción Especializada para la Infancia y la Familia en su Medio de Vida (EUROCEF) c. Francia, denuncia n ° 114/2015 y Foro Europeo de Gitanos y Viajeros (FERV) c. Francia, denuncia n ° 119/2015;
- EQUINET en el Grupo Europeo de Graduadas Universitarias (UWE / GEFDU) c. Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suecia, reclamaciones núms. 124/2016 a 138/2016;
- La Unión Europea en la Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia Queja No. 111/2014 y Grupo Europeo de Mujeres Universitarias (UWE / GEFDU) c. Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Portugal, Eslovenia y Suecia, reclamaciones núms. 124/2016 a 138/2016;
- Associazione Finanzieri Cittadini e Solidarieta (FICIESSE) en Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, denuncia n ° 140/2016
- Centro Interfederal para la Igualdad de Oportunidades (UNIA) y el Delegado General de la Comunidad Francesa para los Derechos del Niño en la Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) e Inclusion Europe c. Bélgica, denuncia n ° 141/2017.

4. PREGUNTAS FORMULADAS POR EL COMITÉ A LAS PARTES (ART.32A RPCEDS)

El Comité también puede hacer preguntas a una o ambas partes de la reclamación antes de deliberar sobre el fondo.
A modo de ejemplo, podemos mencionar las siguientes reclamaciones en las que se dirigieron preguntas a las partes:

- Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) c. Portugal, denuncia núm. 37/2006;
- Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Denuncia de Francia nº 39/2006;
- Centro Internacional para la Protección Legal de los Derechos Humanos (INTERIGHTS) v. Croacia, denuncia Nº 45/2007;
- La Asociación Central de Cuidadores de Finlandia c. Finlandia, denuncias núm. 70/2011 y núm. 71/2011;
- Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos (FIDH) c. Grecia, denuncia núm. 72/2011;
- Confederación Europea de Policía (EUROCOP) c. Irlanda, denuncia núm. 83/2012;
- Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA) c. Países Bajos, denuncia núm. 86/2013;
- Federación Internacional de Planificación Familiar - Red Europea (IPPF EN) c. Italia, denuncia núm. 87/2012;
- Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, denuncia núm. 91/2013;
- Associazione Nazionale Giudici di Pace c. Italia, denuncia No. 102/2013.

5. AUDIENCIA PÚBLICA (ART.33 RPCEDS)

La mayoría de las veces, el procedimiento se realiza por escrito. Sin embargo, el Protocolo establece que el Comité puede organizar una fase oral del procedimiento entre las partes.
Además de permitir que la organización reclamante presente públicamente sus alegaciones, que es un componente esencial de un proceso judicial, la audiencia también brinda la oportunidad de diálogo entre el Comité y las partes.
La audiencia podrá organizarse a solicitud de una de las partes o por iniciativa del Comité. En caso de solicitud de una de las partes, corresponde al Comité Europeo de Derechos Sociales decidir si se celebra o no. La audiencia es pública a menos que el presidente decida lo contrario.
Además de las partes en la denuncia, se invita a los Estados Partes y las organizaciones que hayan dado a conocer que desean intervenir en apoyo de una denuncia, o con miras a su rechazo, a presentar observaciones y / o participar en la audiencia.

Esta práctica, sin embargo, es solo excepcional, ya que el Comité solo la ha utilizado 9 veces, en las siguientes fechas y en los siguientes casos:
c) 9 de octubre de 2000: Federación Europea de Personal del Servicio Público (EUROFEDOP) c. Francia, denuncia n ° 2/1999, Federación Europea de Personal de la Función Pública (EUROFEDOP) c. Italia, denuncia n ° 4/1999 y Federación Europea de Personal de la Función Pública (EUROFEDOP) c. Portugal, denuncia núm. 5/1999;
d) 11 de junio de 2001: Confédération Française de l'Encadrement "CFE-CGC" c. Francia, denuncia núm. 9/2000;
e) 31 de marzo de 2003: Confederación de Empresas Suecas c. Suecia, denuncia núm. 12/2002;
f) 29 de septiembre de 2003: Autism Europe v. Francia, denuncia nº 13/2002;
g) 11 de octubre de 2004: European Roma Rights Centre v. Grecia, denuncia nº 15/2003;
h) 27 de junio de 2007: ATD Cuarto Mundo v. Francia, denuncia n ° 33/2006 y Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con personas sin hogar (FEANTSA) c. Francia, denuncia núm. 39/2006;
i) 21 de junio de 2010: Centro de Derechos a la Vivienda y Desalojos (COHRE) v. Italia, denuncia No. 58/2009;
j) 7 de septiembre de 2015: Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) c. Italia, denuncia núm. 91/2013;
k) 20 de octubre de 2016: Confederación General del Trabajo de Grecia (GSEE) c. Grecia, denuncia núm. 111/2014

6. DELIBERACIONES (ART.34 RPCEDS)

Es el Ponente, designado por el Presidente al momento del registro de la reclamación, quien tiene la responsabilidad de proponer un proyecto de decisión sobre el fondo que sea objeto de una o más deliberaciones en el Comité.
El Comité lleva a cabo tantas deliberaciones como sea necesario para llegar a una decisión. Las fechas de las deliberaciones se indican en la descripción del procedimiento que aparece en la decisión.

Todos los documentos del Comité relacionados con la deliberación son secretos y no están destinados a ser públicos.
Las decisiones se adoptan por mayoría de los miembros presentes. Solo los miembros del Comité que hayan participado en la parte principal de las deliberaciones podrán participar en la votación sobre el fondo de una decisión. Cuando se celebre una audiencia, cualquier miembro que no esté presente en la audiencia no podrá participar en las deliberaciones sobre el fondo.
En caso de empate, el voto del presidente es decisivo.
Una vez adoptada y finalizada, la decisión es firmada por el Relator, el Presidente y el Secretario Ejecutivo (o su adjunto).
A continuación, la decisión se incluye en un informe que también contiene, en su caso, la decisión de admisibilidad.

B) Los parámetros de la evaluación

1. Reorganización de las reclamaciones según su importancia

"La organización reclamante alega una violación de los artículos 13, 14, 16 y 23 de la Carta, utilizando el mismo argumento para hacerlo. El Comité decide examinar este caso en el orden de las disposiciones más relevantes para la presente denuncia, a saber, los artículos 23, 14, 13 y 16. [99]"

2. Recalificación

"Al examinar los alegatos, el Comité consideró que el fondo de los argumentos formulados con respecto al artículo 12§2 se refieren más bien a las disposiciones del artículo 12§3 (véase el párrafo 45 infra). Sobre esta base, en aplicación del Reglamento, el Comité recalificó la reclamación. "[100]

"Con estas premisas, es necesario recalificar el agravio relativo a los artículos 20 y E (métodos discriminatorios de gestión de carrera, incluida la promoción, de los funcionarios que permanecieron en el cuerpo de reclasificación) para analizarlos todos. Ambos en base al artículo 1§2 de la Carta. "[101]

3. Fuentes y pruebas

El Comité "podrá tener en cuenta toda la información que le presenten las partes, independientemente del período al que se refiera.[102]

Las alegaciones deben estar respaldadas por pruebas.[103]

4. Prueba (inversión de la carga de la prueba en caso de discriminación)

El Comité recuerda su posición en las controversias relativas a la discriminación en asuntos cubiertos por la Carta Revisada, adoptada con arreglo al procedimiento de presentación de informes, según el cual es importante que la carga de la prueba no recaiga exclusivamente en la parte reclamante y que esté sujeta a una distribución adecuada. Esto también se aplica al procedimiento de reclamaciones colectivas. Por lo tanto, el Comité se basa tanto en los datos materiales proporcionados por la organización que presenta la reclamación, como en las estadísticas que muestran diferencias inexplicables. Corresponde entonces al gobierno demandado demostrar que tal alegación de discriminación es infundada. [104]".

---

99 97 La Asociación Central de Cuidadores de Finlandia c. Finlandia, denuncia n ° 71/2011, decisión sobre el fondo de 4 de diciembre de 2012, §18

100 Federación General de Empleados de Empresas Públicas de Electricidad (GENOP-DEI) y Confederación de Sindicatos de Funcionarios Públicos (ADEDY) c. Grecia, demanda n ° 66/2011, decisión sobre el fondo de 23 de mayo de 2012, §6

101 Sindicato de Defensa de los Funcionarios Civiles c. Francia, Demanda colectiva n ° 73/2011, Decisión sobre el fondo de 12 de septiembre de 2012, §45

102 Comisión Internacional de Juristas (CIJ) c. Portugal, decisión n ° 1/1998, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 1999, §34 trabajo

103 Comisión Internacional de Juristas (CIJ) c. Portugal, decisión n ° 1/1998, decisión sobre el fondo del 9 de septiembre de 1999, §42; inspección de trabajo

104 Centro de Defensa de los Derechos de las Personas con Discapacidad Mental (MDAC) c. Bulgaria, Queja Colectiva No. 41/2007, decisión sobre el fondo de 3 de junio de 2008, §52

5. Derecho aplicable al día de la decisión

"El Comité recuerda que, en el marco del procedimiento de denuncias colectivas, basa su valoración de la conformidad con la Carta en la legislación y la práctica internas aplicables a la fecha de la decisión sobre el fondo de la denuncia. "[105]

C) El resultado de la evaluación: las decisiones (art.35 RPCEDS)

1. Tipos de decisiones

En el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, el Comité adopta **seis tipos de decisiones**: **decisiones de admisibilidad, decisiones de fondo, decisiones de admisibilidad y fondo, decisiones de cancelación, decisiones de medidas inmediatas, decisiones de admisibilidad y de acción inmediata.**

a) Escenario normal: dos decisiones separadas, una sobre admisibilidad y otra sobre el fondo.

b) En determinados casos: decisión única de admisibilidad y fondo

El objetivo es ahorrar tiempo en el proceso cuando, a primera vista, la reclamación parece cumplir las condiciones de admisibilidad. El Comité invita al estado a someter a la vez las observaciones sobre la admisibilidad y sobe el fondo de la cuestión, en un escrito de alegaciones único.

:

"(...) de conformidad con el artículo 6 del Protocolo adicional que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, el Comité Europeo de Derechos Sociales desea recibir observaciones escritas de [XX] sobre la admisibilidad de la denuncia y, al mismo tiempo, un escrito de fondo en caso de que la referida denuncia sea declarada admisible. "

En este caso, para que otros Estados Partes en el Protocolo puedan presentar, si así lo desean, comentarios sobre el fondo, el Comité los invita a hacerlo antes de tomar su decisión.

"Teniendo en cuenta el artículo 7 § 1 in fine del Protocolo adicional a la Carta Social que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, el Comité invita a las Partes en el Protocolo y a los Estados que hayan hecho una declaración en virtud del artículo D del párrafo 2 de la Charter, así como a las organizaciones internacionales de empleadores o de trabajadores a que se refiere el artículo 27 § 2 de la Carta Social Europea, para enviarle, antes [...], las observaciones que deseen presentar sobre el fondo de la queja. "

Aunque contiene una sección dedicada a la admisibilidad, la decisión sobre admisibilidad y fondo está sujeta a las mismas reglas de (no) publicidad que una decisión relacionada únicamente con el fondo.

---

105 Consejo Europeo de Sindicatos de Policía (CESP) contra Francia, denuncia colectiva n ° 57/2009, decisión sobre el fondo del 1 de diciembre de 2010, §52

c) Decisiones de exclusión de la lista

El Comité ha recurrido a tales decisiones en dos casos:

- En caso de quiebra de la organización no gubernamental que presentó la reclamación En este caso, el Comité consideró efectivamente que era imposible continuar con el carácter contradictorio del procedimiento y que en ausencia de una de las dos partes, la reclamación debería ser eliminada de la lista de reclamaciones.
- Si lo solicita la ONG. retirar su denuncia debido al desarrollo de la legislación nacional, de modo que la situación se ajuste a la carta constitutiva según la organización querellante.

Sin embargo, antes de proceder con la exclusión de la lista, el Comité verificó que no existían razones imperiosas de interés público para seguir examinando la denuncia incluso en ausencia de una de las partes.

d) Decisiones sobre medidas inmediatas

Desde 2011, el RCEDS establece que desde la adopción de la decisión sobre la admisibilidad de una reclamación colectiva, o en cualquier momento posterior durante el curso del procedimiento, antes o después de la adopción de la decisión En cuanto al fondo, el Comité Europeo de Derechos Sociales podrá, a instancia de parte o por propia iniciativa, indicar a las partes cualquier medida inmediata cuya adopción parezca necesaria, con el fin de evitar un riesgo de daño grave e irreparable y asegurar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la Carta.
En el caso de una solicitud de medidas inmediatas realizada por una organización reclamante, la solicitud debe especificar los motivos, las posibles consecuencias si la solicitud no es atendida, así como las medidas solicitadas. Se transmite inmediatamente una copia de la solicitud al Estado interesado. El presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales fija una fecha para que el Estado en cuestión presente un escrito sobre la solicitud de medidas inmediatas.
La decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre medidas inmediatas está justificada y firmada por el Presidente, el Relator y el Secretario Ejecutivo del Comité (o su adjunto). Se notifica a las partes. El Comité Europeo de Derechos Sociales podrá invitar a las partes a que le proporcionen información sobre cualquier cuestión relacionada con la aplicación de una medida inmediata.
El Comité tuvo ante sí 5 solicitudes de que se indicaran medidas inmediatas a los gobiernos demandados.
En dos casos, a saber: Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA), denuncia 86/2012, y Conferencia de Iglesias Europeas (CEC), denuncia 90/2013, pidió al Gobierno que:
“Tomar todas las medidas posibles para prevenir daños graves e irreparables a la integridad de las personas expuestas a un riesgo inminente de indigencia, mediante la implementación de un enfoque coordinado a nivel nacional y municipal que permita satisfacer sus necesidades básicas (refugio);

Asegúrese de que esta decisión se ponga en conocimiento de todas las autoridades públicas competentes. “” [106] [107]
En otros casos, a saber, Association for the Protection of Children Ltd - APPROACH Ltd c. Irlanda, Queja No. 93/2013, Association for the Protection of Children Ltd - APPROACH Ltd c. Bélgica, denuncia n ° 98/2013 y Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola - Sicilia c. Italia, Reclamación No. 113/2014, rechazó las reclamaciones, especificando lo siguiente sobre este procedimiento:
“(...) la adopción de medidas inmediatas sólo podrá producirse en circunstancias excepcionales cuando esta adopción resulte necesaria para evitar un riesgo de daño grave irreparable y garantizar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la Carta social (Artículo 36 § 1), teniendo en cuenta que el objeto y fin de la Carta, instrumento de protección de los derechos humanos, es proteger derechos que no son teóricos sino efectivos ”[108].
En un caso, el Comité emitió una decisión que abarcaba tanto la admisibilidad como la acción inmediata[109].

2. Forma de la decisión

El Comité llega a la conclusión de que se ha violado la disposición de la Carta en cuestión o que no ha habido violación.
En algunos casos, ha encontrado 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 violencia[110].
La consecuencia de una violación agravada es la solicitud del Comité de publicidad inmediata de la decisión sobre el fondo [111]
En lo que respecta al Gobierno demandado, la constatación de violaciones agravadas implica no solo la adopción de medidas correctivas adecuadas, sino tam-

---

106 Conferencia de Iglesias Europeas (KEK) c. Países Bajos, denuncia n ° 90/2013, decisión sobre medidas inmediatas de 25 de octubre de 2013, §5.

107 Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas sin Hogar (FEANTSA), denuncia 86/2012, decisión sobre medidas inmediatas de 25 de octubre de 2013, §1.

108 Asociación para la Protección de los Niños Ltd - APPROACH Ltd v. Bélgica, denuncia n ° 98/2013

109 Unione Italiana del Lavoro U.I.L. Scuola - Sicilia c. Italia, Denuncia No. 113/2014, Decisión sobre Admisibilidad y Medidas Inmediatas de 9 de septiembre de 2015.

110 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.

111 109 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.

bién la obligación de asegurar y ofrecer garantías adecuadas de que dichas violaciones cesen y no se repitan[112].

"Estas violaciones agravadas no conciernen solo a las personas víctimas o su relación con el Estado demandado. Cuestionan el interés de toda la comunidad y las normas fundamentales comunes de los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, democracia y Estadomde Derecho. Por tanto, la situación requiere una atención urgente por parte de todos los Estados miembros del Consejo de Europa: el Comité los invita a hacer pública su decisión sobre el fondo tan pronto como sea notificada a las partes y al Comité de Ministros [113]"

3. Notificación y publicidad de la decisión (art.35 RPCEDS)

El informe se notifica a las partes en la denuncia y al Comité de Ministros del Consejo de Europa.

No se puede publicar dentro de los 4 meses a menos que el CM adopte una Resolución antes de la expiración de dicho plazo.

La regla del artículo 8 significa que la decisión no puede publicarse. Sin embargo, se notifica a un número significativo de protagonistas:

- las partes de la reclamación, la organización demandante y los estados demandados
- los representantes de los Estados partes o más bien los representantes de las partes que son abogados
- los estados miembros del Consejo de Europa dentro del Comité de Ministros.

En el caso excepcional de constatación de violación agravada, el Comité considera que, por las características particulares de la violación, no es concebible que el informe que contenga su decisión permanezca reservado durante el período de cuatro meses previsto en Artículo 8 del Protocolo. Al no poder hacer pública su decisión, el Comité invita al Comité de Ministros a hacerlo tan pronto como se transmita. Además, en el caso del Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos (COHRE) contra Francia, denuncia n ° 63/2010, el Comité de Ministros siguió esta solicitud adoptando una resolución según la cual:

"Considerando la propuesta del Comité Europeo de Derechos Sociales de hacer público el informe de inmediato,

1. Toma nota del informe que, de conformidad con el artículo 8 del Protocolo adicional, se hará público con la adopción de la presente resolución;

(...) "

La decisión se publica en el sitio web de la Carta Social Europea y en la base de datos Hudoc.

---

112 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.

113 Centro de Derechos de Vivienda y Desalojos COHRE v. Francia, denuncia n ° 63/2010, decisión sobre el fondo de 28 de junio de 2011, § 53

LEGISLACIÓN
ESTATAL
EUROPEA
AUTONÓMICA

ESTATAL

Ley 8/2022, de 4 de mayo, por la que se modifica la Ley 23/2011, de 29 de julio, de depósito legal. **Ir a texto**

Corrección de errores de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022. **Ir a texto**

Real Decreto-ley 10/2022, de 13 de mayo, por el que se establece con carácter temporal un mecanismo de ajuste de costes de producción para la reducción del precio de la electricidad en el mercado mayorista. **Ir a texto**

Real Decreto 395/2022, de 24 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. **Ir a texto**

Real Decreto 272/2022, de 12 de abril, por el que se establece el Marco Español de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente. **Ir a texto**

Orden TES/388/2022, de 29 de abril, por la que se regula el Registro electrónico de apoderamientos del Fondo de Garantía Salarial, O.A. **Ir a texto**

Orden ISM/415/2022, de 10 de mayo, por la que se modifica la Orden ISM/48/2021, de 25 de enero, por la que se establecen las normas reguladoras de la expedición de órdenes de pago a justificar. **Ir a texto**

UNIÓN EUROPEA

Reglamento interno del Comité Económico y Social Europeo. Mayo 2022. **Ir a texto**

AUTONÓMICA

Andalucía

Decreto 58/2022, de 27 de abril, por el que se regula la estructura, uso, acceso, alcance y funciones del sistema CoheSSiona, por el que se implementa la Historia Social Única Electrónica de Andalucía, y se crea el sistema ProgreSSa para la gestión de los Servicios Sociales comunitarios de Andalucía. **Ir a texto**

Aragón

Ley 1/2022, de 7 de abril, por la que se modifica la Ley 16/2018, de 4 de diciembre, de la Actividad Física y el Deporte de Aragón. **Ir a texto**

LEY 2/2022, de 19 de mayo, de aplicación y desarrollo de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa. **Ir a texto**

Decreto Legislativo 1/2022, de 6 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Presidente o Presidenta y del Gobierno de Aragón. **Ir a texto**

DECRETO-LEY 4/2022, de 4 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece un incremento extraordinario para el año 2022 del importe de la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital y de la cuantía máxima de determinadas prestaciones. **Ir a texto**

Asturias

Decreto 25/2022, de 29 de abril, de primera modificación del Decreto 29/2011, de 13 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley del Principado de Asturias 4/2005, de 28 de octubre, de Salario Social Básico. **Ir a texto**

Cantabria

Decreto 41/2022, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre organización y funcionamiento del Consejo Cántabro de la Economía Social. **Ir a texto**

Castilla La Mancha

LGTBI. Ley 5/2022, de 6 de mayo, de Diversidad Sexual y Derechos LGTBI en Castilla-La Mancha. [NID 2022/4249] **Ir a texto**

Decreto 29/2022, de 26 de abril, por el que se regula la concesión directa de subvenciones dirigidas a personas trabajadoras autónomas y pymes destinadas a fomentar el trabajo a distancia. **Ir a texto**

Catalunya

Decreto-ley 4/2022, de 5 de abril, de medidas urgentes en el ámbito tributario y financiero. **Ir a texto**

ORDRE EMT/97/2022, de 4 de maig, de modificació de l'Ordre EMT/226/2021, de 3 de desembre, per la qual s'estableix el calendari de festes locals a Catalunya per a l'any 2022. **Ir a texto**

Galicia

DECRETO 58/2022, do 15 de maio, polo que se establece a estrutura orgánica da Xunta de Galicia. **Ir a texto**

ORDE do 28 de abril de 2022 pola que se regula o procedemento, se aproba e se dá publicidade ao modelo de solicitude de ERTE derivado da activación do Mecanismo RED de Flexibilidade e Estabilización do Emprego (código de procedemento TR820I). **Ir a texto**

La Rioja

Ley 5/2022, de 25 de abril, para la recuperación de la memoria democrática en La Rioja. **Ir a texto**

Corrección de error en la Ley 6/2021, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el año 2022. **Ir a texto**

Navarra

LEY FORAL 11/2022, de 4 de mayo, por la que se establecen medidas en materia de selección y provisión de puestos de personal funcionario docente no universitario de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. **Ir a texto**

LEY FORAL 12/2022, de 11 de mayo, de atención y protección a niños, niñas y adolescentes y de promoción de sus familias, derechos e igualdad. **Ir a texto**

LEY FORAL 14/2022, de 12 de mayo, de modificación de la Ley Foral 18/2021, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de Navarra para el año 2022. **Ir a texto**

Euskadi

LEY 3/2022, de 12 de mayo, del Sector Público Vasco. **Ir a texto**

DECRETO 56/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Calendario Oficial de Fiestas Laborales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el año 2023. **Ir a texto**

Valencia

Ley 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana. **Ir a texto**

NEGOCIACIÓN COLECTIVA ESTATAL AUTONÓMICA

ESTATAL

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se corrigen errores en la de 19 de julio de 2021, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal de pastas, papel y cartón. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos de modificación y de subsanación de errores del IV Convenio colectivo estatal de la industria, las nuevas tecnologías y los servicios del sector del metal. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los Acuerdos de modificación y la revisión salarial para el año 2022 del VIII Convenio colectivo de Decathlon España, SA. Ir a texto

Resolución de 25 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica la revisión salarial para el año 2022 del Convenio colectivo de Total España, SAU. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de teletrabajo y otras formas de flexibilidad que modifica el VI Convenio colectivo de la empresa Telefónica Servicios Audiovisuales, SAU. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Airbus Defence and Space, SAU, Airbus Operations, SL, y Airbus Helicopters España, SA. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de actualización de las tablas salariales para el año 2022 del IX Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de prórroga y revisión salarial para el año 2022 del Convenio colectivo estatal para las Delegaciones Comerciales de la Sociedad Estatal Loterías y Apuestas del Estado. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de revisión salarial para el año 2021 y las tablas salariales para el año 2022 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican las tablas salariales definitivas para el año 2021 del Convenio colectivo nacional para las industrias de pastas alimenticias. Ir a texto

Resolución de 22 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican las tablas salariales definitivas para el año 2021 y las iniciales para el año 2022 del VII Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria. Ir a texto

Resolución de 25 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta por la que se modifica el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción. Ir a texto

Resolución de 3 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acta por la que se modifica el VI Convenio colectivo general del sector de la construcción. Ir a texto

Resolución de 3 de mayo de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de El Periódico de Catalunya, SLU, para los años 2022 y 2023. Ir a texto

AUTONÓMICA

Aragón

RESOLUCIÓN de 6 de mayo de 2022, de la Directora General de Trabajo, Autónomos y Economía Social, por la que se acuerda el depósito y publicación del acta de actualización de las tablas salariales para 2022 del Convenio Colectivo de trabajo del Sector de Limpieza de centros sanitarios dependientes del Servicio Aragonés de Salud. Ir a texto

RESOLUCIÓN de 12 de mayo de 2022, de la Directora General de Trabajo, Autónomos y Economía Social, por la que se dispone el registro y publicación del Acuerdo de modificación del IV Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales en Aragón (IV ASECLA), código 72100015092013. Ir a texto

Asturias

Resolución de 16 de mayo de 2022, de la Consejería de Administración Autonómica, Medio Ambiente y Cambio Climático, por la que se adiciona clave de titulación al V Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración del Principado de Asturias. Ir a texto

Cantabria

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo para el sector de la Fabricación y Venta de Pan en Cantabria, de fecha 16 de marzo de 2022, por el que se modifican las tablas salariales definitivas del año 2022. Ir a texto

Corrección de errores al anuncio publicado en el Boletín Oficial de Cantabria número 47, de 9 de marzo de 2022, de la Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del sector de Transporte de Viajeros por Carretera de Cantabria, por el que se aprueban las Tablas Salariales para el año 2022.
Ir a texto Corrige a Ir a texto

Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo del Sector Portuario del Puerto de Santander por el que se aprueba revisión salarial para el periodo 2021 2022.
Ir a texto

Catalunya

RESOLUCIÓ EMT/1269/2022, de 28 d'abril, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord de la Comissió paritària del Conveni col·lectiu de treball de perruqueries, centres d'estètica i bellesa de Catalunya, relatiu a l'adequació de les taules salarials per al 2022 i 2023 (codi de conveni núm. 79002515012006).
Ir a texto

Extremadura

Resolución de 11 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del Convenio Colectivo de sector "Industrias Siderometalúrgicas de la Provincia de Badajoz Ir a texto

Resolución de 11 de abril de 2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se ordena la inscripción en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se dispone la publicación del texto del "Convenio Colectivo de Transporte de Viajeros por Carretera para la provincia de Cáceres 2019-2023". Ir a texto

Murcia

Resolución de la Dirección General de Diálogo Social y Bienestar Laboral, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del acuerdo de tabla salarial año 2021 del convenio colectivo del Sector Derivados del Cemento. Ir a texto

Euskadi

RESOLUCIÓN de 11 de abril de 2022, del Director de Trabajo y Seguridad Social, por la que se dispone el registro, publicación y depósito del Acuerdo de la Comisión Paritaria del convenio colectivo de empresas concesionarias del servicio de limpiezas de Osakidetza-Servicio vasco de salud (código de convenio número 86002115012003). Ir a texto

Valencia

RESOLUCIÓN de 4 de mayo de 2022, de la Subdirección General de Relaciones Laborales, por la que se disponen el registro y la publicación del acuerdo de la comisión paritaria del VIII Convenio laboral autonómico de centros y servicios de atención a personas con discapacidad de la Comunitat Valenciana, al objeto de la definición de funciones y criterios de un nuevo complemento salarial. Ir a texto

Encuentra *todas* nuestras revistas JJpD

DISCRIMINACION POR RAZON DE DISCAPACIDAD
STC 52/2022. Ir a texto

Recurso de amparo 1546-2021. Promovido por doña Asunción Rodríguez Martín respecto del auto dictado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las sentencias del Tribunal Superior de Justicia y un juzgado de ese mismo orden jurisdiccional de Madrid que desestimaron su demanda de reconocimiento de la situación de incapacidad permanente.

Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de discapacidad: STC 172/2021 (diferencia de trato no prevista normativamente y carente de justificación objetiva y razonable, derivada exclusivamente de haber accedido a la situación de jubilación anticipada a causa de la situación de discapacidad). Voto particular.

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL SUPREMO

ALTA DIRECCION

STS 10-5-2022. Ir a texto

Roj: STS 1872/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1872
Nº de Recurso: 1738/2019
Nº de Resolución: 402/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER
Resumen: Alta dirección: la indemnización sustitutoria de la omisión del preaviso en un supuesto de desistimiento de la relación laboral especial de alta dirección es compensable con la indemnización por despido improcedente fijada en la sentencia que, examinando la impugnación de aquel desistimiento, declaró que la relación laboral entre las partes era común

CADUCIDAD

STS 19-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1489/2022-ECLI:ES:TS:2022:1489
Nº de Recurso: 460/2020
Nº de Resolución: 350/2022
Ponente: CONCEPCION ROSARIO URESTE GARCIA

Resumen: Caducidad: frente a la decisión de instancia que no entendió caducada la acción, la resolución dictada en suplicación adopta la solución contraria y partiendo de las fechas que desglosa -despido comunicado el 14 de Enero de 2019 y papeleta de conciliación presentada el 7 de Febrero de 2019; el intento de conciliación de 25 de Febrero de 2019 y presentación de la demanda el 1 de Marzo de 2019- computa 18 días (15,16,17,18,21,22,23,24,25,28,29,30 y 31 de Enero; 1,4,5,6 y 7 de Febrero, siendo este último día aquel en el que el trabajador interpone papeleta de conciliación, según el ordinal sexto) más otros cuatro (26,27 y 28 de Febrero y el 1 de Marzo), afirma la caducidad referida, cuando, por el contrario, no cabía computar el día en que se presentó aquella papeleta, atendido el criterio jurisprudencial ya cristalizado, que procede aplicar también en este litigio por mor de los principios de igualdad y seguridad jurídica y no concurrir elementos diferentes que lo enerven.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

STS 27-2-2022. Ir a texto

Roj:STS1658/2022-ECLI:ES:TS:2022:1658
Nº de Recurso: 1484/2020

Nº de Resolución: 389/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Comptencia judicial internacional: La controversia suscitada en este recurso versa sobre la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo.
D. Lorenzo interpuso demanda de despido contra las empresas Instalaciones Inabensa SA, Abengoa SA, Abengoa Transmission&Infrastructure LLC (en adelante Abengoa T&I) y Abeinsa. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social declaró la falta de competencia de los tribunales españoles. El actor interpuso recurso de suplicación, que fue desestimado por la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla de fecha 5 de diciembre de 2019, recurso 2983/2018.
Si partimos de que no hubo dos prestaciones laborales distintas sino solamente una, debemos concluir que la empresa Instalaciones Inabensa SA, al suscribir el contrato con el trabajador español y cursar su alta en la Seguridad Social española, estableció un vínculo que obliga a declarar la competencia de los tribunales españoles para enjuiciar la extinción de dicha relación laboral única.

Una empresa domiciliada en España no puede suscribir un contrato de trabajo con una persona con la única finalidad de cotizar a la Seguridad Social española, si el trabajador no presta ningún servicio a su favor. Sería un alta fraudulenta en la Seguridad Social.

El citado contrato con Instalaciones Inabensa SA solo puede desplegar efectos si se pone en relación con el contrato suscrito por el mismo trabajador con otra empresa del mismo grupo (Abengoa T&I) domiciliada en los Estados Unidos, para la que sí que prestó servicios laborales el actor y que le abonó su salario.

Ello supone que una empresa del grupo le contrató, cotizando a la Seguridad Social española, produciéndose un desplazamiento temporal del trabajador a otra empresa del mismo grupo domiciliada en los Estados Unidos, donde el actor efectuó la prestación de servicios laborales y percibió su salario. Dicho desplazamiento está previsto en el art. 5 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos.
La consecuencia de ello es que, a efectos de determinar la competencia judicial internacional aplicando el Reglamento 1215/2012, la condición de empleador del demandante en el momento del despido recae tanto en Inabensa SA como en Abengoa T&I y, al tener la primera de esas sociedades su domicilio en España, debemos declarar la competencia internacional de los tribunales españoles.

CONTRATOS DE DURACION DETERMINADA

STS 19-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1477/2022-ECLI:ES:TS:2022:1477
Nº de Recurso: 3562/2019
Nº de Resolución: 348/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Contratos de duración determinada: . el actor tenía la condición de trabajador fijo discontinuo. y fue contrtado fraudulentamente como eventual. La falta de llamamiento equivale al despido.

CONTRATO DE RELEVO

STS 10-5-2022. Ir a texto

Roj:STS1877/2022-ECLI:ES:TS:2022:1877
Nº de Recurso: 139/2019

Nº de Resolución: 399/2022
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Contrato de relevo: debe declararse la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación de jubilación parcial, cuando la empresa extingue por causas objetivas los contratos del trabajador relevista y del jubilado que ha seguido percibiendo la prestación. La empresa en tales casos debe contrator a otro relevista mientras el jubilado parcial relevado perciba la pensión de jubilación parcial Salvo los casos de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa por despido colectivo, excepciones a las que se refieren, entre otras, las SSTS 30/1/2013, (rec. 1575/2012); 29/5/2008 (rec. 1900/2007); 23/6/2008 (rec. 2930/2007); 16/9/ 2008 (rec. 3719/2007). Reitera STS 22/9/2010, rcud. 4166/2009 -invocada de contraste-; y 8/1/2015, rcud. 463/2014.

CONVENIOS COLECTIVOS

STS 20-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1491/2022-ECLI:ES:TS:2022:1491
No de Recurso: 264/2021
No de Resolución: 359/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Convenio colectivo: La doctrina sobre contractualización de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo fenecido tiene un claro presupuesto: que no exista convenio colectivo aplicable regulando los contenidos prototípicos de la negociación colectiva (tiempo de trabajo, retribuciones).
Las STS 855 y 857/2021 de 7 septiembre (rcud. 1103/2018 y 1876/2018), con cita de otras muchas, exponen que cuando el convenio colectivo de ámbito superior pasa a aplicarse ya no cabe hablar de contractualización: El convenio de ámbito superior sustituye al de empresa, regulando las relaciones laborales de los trabajadores y excluyendo la contractualización del convenio cuya vigencia ha terminado".

DESEMPLEO

STS 10-5-2022. Ir a texto

Roj:STS1888/2022-ECLI:ES:TS:2022:1888
No de Recurso: 1428/2019
No de Resolución: 401/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Jubilación parcial: as partes que han suscrito un contrato de trabajo a tiempo parcial acuerden una distribución de la jornada que implique su acumulación en un determinado periodo del año. Pero ello no significa que pueda suspenderse un contrato de trabajo en relación con una jornada no debida por el trabajador, por lo que no es "admisible considerar en situación de desempleo a quien ningún efecto sufre por la existencia de la decisión suspensiva. El actor satisfizo toda la prestación de servicios a la que estaba obligado y, por ello, tenía sin duda derecho al percibo de las retribuciones correspondientes y el derecho a que la empresa efectuara las pertinentes cotizaciones, pero ninguna consecuencia se deriva ni para la empresa ni para el trabajador por el acuerdo colectivo de suspensión de los contratos de trabajo.

Para comprender esta solución baste con imaginar el hipotético supuesto de que la medida de regulación de empleo hubiera sido la reducción de la jornada de la plantilla suprimiendo la actividad de la tarde y nos encontráramos con una persona trabajadora que, por tener jornada a tiempo parcial,

sólo prestara servicios de mañana. Sería obvio que la medida del ERTE no afectaría a dicha persona, la cual difícilmente podría considerarse en situación de desempleo porque su jornada parcial no quedaría reducida. Pues bien, lo mismo ha de predicarse del supuesto en que la jornada parcial se ha computado en términos anuales y la medida de regulación de empleo afecta a un periodo en que ya no existe deuda de prestación por parte de la persona trabajadora por haber satisfecho ya tal obligación contractual esencial.

Por consiguiente, no existe suspensión del contrato de trabajo y, por ende, no nos encontramos ante la situación legal de desempleo del art. 267 LGSS, c S de 6 de julio de 2020, recurso 941/2018; 4 de noviembre de 2020, recurso 3375/2018 y 11 de noviembre de 2020 (cuatro), recursos3247/2018, 3337/2018, 3376/2018 y 3385/2018

DESPIDO

STS 19-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1490/2022-ECLI:ES:TS:2022:1490
No de Recurso: 2151/2020
No de Resolución: 352/2022
Ponente: ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

Resumen: Despido: la acción de despido de la trabajadora no está caducada cuando la demanda se ha interpuesto pasados los 20 días desde la finalización del contrato, pero la comunicación de la extinción no cumplía las exigencias del artículo 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
"El mero hecho de haberse interpuesto una reclamación previa administrativa en modo alguno permite entender que con ella se reanuda el plazo de caducidad. Se trata de una figura ya desaparecida, alegal, y, por eso mismo, inhábil para reanudar el plazo de caducidad, tal y como se desprende del juego concordado de aquellos dos preceptos recién citados. Al no haberse indicado el modo de combatir la decisión de despedir se mantiene suspendido el plazo de caducidad hasta que la persona afectada "interponga cualquier recurso que proceda" y la desaparecida vía de reclamación previa ya no cumple ese requisito
Reitera doctrina: SSTS 727/2020, 24 de julio de 2020 (rcud 1338/2018), 402/2021, 14 de abril de 2021 (rcud 3663/2018), y STS 1254/2021, 10 de diciembre de 2021 (rcud 947/2019

DESPIDO COLECTIVO

STS 19-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1488/2022-ECLI:ES:TS:2022:1488
No de Recurso: 1779/2019
No de Resolución: 345/2022
Ponente: JUAN MOLINS GARCIA-ATANCE

Resumen: Despido colectivo: el despido del actor se produjo el 10 de junio de 2016, sin que en el periodo de 90 días anterior o posterior al despido objetivo se produjera el despido de un número de trabajadores superior al 10% de su plantilla. En los 90 días anteriores solo hubo siete despidos y en los 90 días posteriores no hubo ninguno. En la tantas veces citada sentencia del TS de 21 de julio de 2021, relativa a la misma empresa, argumentamos que no podemos remontarnos hasta los despidos producidos en el año 2015. Durante todo ese espacio temporal hubo varios periodos superiores a 90 días en los que no se produjo despido alguno, por lo que rompieron el necesario carácter sucesivo de los mismos, de modo que tales periodos no se solapan entre sí, ni forman parte de una unidad temporal indiferenciada que pudiere tenerse en cuenta en su totalidad por haber enlazado sin solución

de continuidad distintos periodos de 90 días en todos los cuales se hubiere producido algún despido computable a estos efectos.

GRAN INVALIDEZ

STS 27-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1726/2022-ECLI:ES:TS:2022:1726
Nº de Recurso: 184/2019
Nº de Resolución: 379/2022
Ponente: MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Resumen: Gran invalidez: cabe reconocer una incapacidad permanente a la persona trabajadora que ha accedido a la situación de jubilación anticipada por discapacidad, dándose la circunstancia de que no ha cumplido los 65 años de edad.

Rectifica doctrina en virtud de lo resuelto por las STC 172/2021 y 191/2021, de 7 de octubre de 2021 y 17 de diciembre de 2021

JUBILACION ANTICIPADA

STS 26-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1670/2022-ECLI:ES:TS:2022:1670
Nº de Recurso: 1469/2019
Nº de Resolución: 364/2022
Ponente: ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Resumen: Jubilación anticipada: existe el derecho a la pensión de jubilación anticipada al amparo del art 161 bis.2 LGSS (procedente de la Ley 27/2011, pero redactado por el art 8 del RDL 5/2013). La relación laboral inicial (de considerable duración) finalizó mediante despido enmarcado en un ERE, pero posteriormente el demandante ha tenido otros empleos.

el supuesto de hecho sometido a consideración tiene mejor encaje en el apartado b) pues tiene su origen en un ERE, y tal apartado b) de la DF 12 LGSS no contiene el límite excluyente que si contiene el apartado a) referente a que “siempre que con posterioridad a tal fecha no vuelvan a quedar incluidas en alguno de los regímenes del sistema de la Seguridad Social.”

JURISDICCION

STS 27-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1814/2022-ECLI:ES:TS:2022:1814
Nº de Recurso: 4160/2019
Nº de Resolución: 387/2022
Ponente: SEBASTIAN MORALO GALLEGO

Resumen: Jurisdicción: no es competente el juez de lo mercanti, sino el de lo social, para conocer de la demanda en la que los trabajadores de una empresa concursada reclaman a su empleadora el pago de salarios no abonados en un periodo anterior a la declaración del concurso, sobre los que no consta que hayan sido reconocidos en la lista de acreedores.

PROTECCION DE DATOS

STS 12-5-2022. Ir a texto

Roj:STS1860/2022-ECLI:ES:TS:2022:1860
Nº de Recurso: 70/2020
Nº de Resolución: 435/2022
Ponente: MARIA LUZ GARCIA PAREDES

Resumen: Derecho a la protección de datos: vulneración existente. Se condena a la demandada a eliminar la práctica de todos sus centros de trabajo de solicitar a los trabajadores de nueva incorporación un certi-

ficado o declaración de no estar incurso en antecedentes penales.

RECURSO DE SUPLICACION

STS 6-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1469/2022-ECLI:ES:TS:2022:1469
No de Recurso: 1370/2020
No de Resolución: 325/2022
Ponente: ANGEL ANTONIO BLASCO PELLICER

Resumen: Recurso de suplicación: una grabación de audio no es documento a efectos de revisión de hechos probados en suplicación. En nuestra STS de 23 de julio de 2020, 239/2018, sostuvimos un concepto amplio de documento, comprensivo de los electrónicos reconociendo que el avance tecnológico ha hecho que muchos documentos se materialicen y presenten a juicio a través de los nuevos soportes electrónicos, lo que no debe excluir su naturaleza de prueba documental, con las necesarias adaptaciones (por ejemplo, respecto de la prueba de autenticación). En consecuencia, atribuimos la naturaleza de prueba documental a los correos electrónicos, sin que ello supusiese que todo correo electrónico podía acreditar el error fáctico de instancia, al igual que sucede con los documentos privados. Para ello será necesario valorar si se ha impugnado su autenticidad por la parte a quien perjudique; si ha sido autenticado, en su caso; y si goza de literosuficiencia.

Ahora bien, tal consideración documental no puede abarcar una grabación de audio de una conversación entre dos personas porque en sí misma tal conversación no tiene el carácter de documento que se incorpora a un soporte electrónico. Se trata de un medio de reproducción de la palabra reconocido como medio de prueba en el artículo 90 LRJS, pero no incorporado como hábil a efectos revisorios en el artículo 193 b) LRJS.

TIEMPO DE TRABAJO

STS 6-4-2022. Ir a texto

Roj:STS1480/2022-ECLI:ES:TS:2022:1480
No de Recurso: 85/2020
No de Resolución: 312/2022
Ponente: IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN

Resumen: Tiempo de trabajo: no ha de considerase tiempo de trabajo el dedicado por los escoltas a estar disponibles por teléfono móvil durante los llamados “días activables”, sin que tengan que estar en un lugar determinado por el empresario, en el que pueden ocuparse de sus quehaceres cotidianos o familiares y sin que tengan un plazo de tiempo determinado para presentarse a realizar el servicio requerido.

JURISPRUDENCIA
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Rec: 801/2022

DESPIDO DISCIPLINARIO. DESPIDO NULO. DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL. NECESIDAD DE PREVIA SOSPECHA FUNDADA. INVESTIGACIÓN PLURAL. LIBERTAD SINDICAL. GARANTÍA DE INDEMNIDAD. DISCRIMINACIÓN POR DISCAPACIDAD: PANORAMA INDICIARIO INSUFICIENTE. EQUIPARACIÓN A ENFERMEDAD DE LARGA DURACIÓN: PRUEBA DE QUE EL DESPIDO TIENE CAUSA DISTINTA A LA SEGREGADORA.

Accede a la sentencia

El TSJ desestima el recurso empresarial, dirigido a que se declare el despido disciplinario examinado como procedente. La imputación es por actividad incompatible con situación de incapacidad temporal. La Sala considera que el despido tuvo por causa un encargo de investigación de la actividad del demandante por detective que no estaba basado en sospechas concretas, sino más bien relacionado con una investigación plural de varios trabajadores de baja.

Por el contrario, estima en parte el del demandante. Frente a la calificación judicial de improcedente, la Sala considera que la calificación adecuada es la nulidad, explicando las razones por las que aplica la llamada teoría del árbol podrido. Desecha que haya panorama indiciario suficiente de que el despido tenga que ver con la actividad del demandante como secretario del comité de empresa y también que tenga por base la segregación por enfermedad de larga duración equiparable a discapacidad, pues no fue el motivo la duración de la baja, sino el descubrimiento de una conducta que se considera incompatible con la situación de baja laboral, descubrimiento obtenido a través de prueba ilícita.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. 661/2022

DESPIDO DISCIPLINARIO NULO. ATAQUE A LA INTEGRIDAD PERSONAL. PANORAMA INDICIARIO SUFICIENTE. CARGA DE LA PRUEBA. DERECHO A NO VACUNARSE. DESPIDO PLURICAUSAL. DESPIDO FORMALMENTE BASADO EN COMPORTAMIENTO INACUADO CON PERSONA ATENDIDA. SANCIÓN DESPROPORCIONADA. REPRESALIA EMPRESARIAL POR NO VACUNARSE EN PERIODO DE PANDEMIA.

Accede a la sentencia

El Tribunal Superior de Justicia confirma la sentencia del Juzgado, ya publicada en esta revista, que declaró nulo el despido disciplinario de la demandante, a quien se le imputo malos tratos a personal atendido en la residencia. Se considera que existe un panorama indiciario suficiente de que, aparte de la escasa entidad de la conducta probada en relación con lo imputado, de que la negativa persistente de la demandante a vacunarse contra el COVID-19 fue elemento determinante en la decisión empresarial de despedir. Se recuerda el derecho individual a no vacunarse y se califica como nula esa decisión empresarial.

JURISPRUDENCIA

JUZGADOS DE LO SOCIAL

Sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid

EXTINCIÓN INDEMNIZADA. ACOSO LABORAL. DERECHOS FUNDAMENTALES. DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL Y NO DISCRIMIACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO. INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS MORALES.

Accede a la sentencia

Se estima la demanda de extinción indemnizada del contrato y se declara la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora (integridad física y moral y no discriminación por razón de género), condenando a la empresa y a la persona acosadora de forma solidaria al abono de la cantidad de 80.000 €. Se fija la indemnización con una finalidad compensatoria del bien lesionado, no resarcitoria dado el carácter inmaterial e irrecuperable de éstos, que determina que la cuantificación de la indemnización se realice atendiendo a la gravedad de la falta de la que derivan, y teniendo en cuenta el efecto disuasorio de este tipo de actuaciones.

Sentencia del Juzgado de lo Social nº7 de A Coruña

CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.

Accede a la sentencia

Se estima la demanda atendiendo a la dimensión constitucional del derecho a conciliar de la madre y en aplicación del derecho transversal contenido en el artículo 27 de la ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que afecta a un colectivo importante de la sociedad y que implica a toda ella, artículo que no sólo está destinado a la erradicación de la violencia, sino también a la guarda integral de los niños y jóvenes. Para ello, los responsables de dicha guarda integral, que son los padres, deben ejercer la crianza adecuada e igualitariamente, siendo ellos únicos responsables, no los abuelos ni otras personas.

La magistrada destaca que no basta con atribuir en términos generales al ámbito de la libertad de empresa, las facultades de organización y dirección empresarial, o las necesidades de plantilla y de atención a la actividad productiva de la empresa, para denegar la petición de la concreción horaria, y añade que el ejercicio del derecho a reducir la jornada para conciliar no puede suponer necesariamente la asunción del trabajo reducido por el resto de compañeros, pues ello supondría siempre un ahorro de costes laborales del empresario que dejaría vacío de contenido el derecho a conciliar, que implica obligatoriamente la pérdida del salario de la persona que reduce su jornada.

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

STJUE 12-5-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Política social — Directiva 2008/104/CE — Trabajo a través de empresas de trabajo temporal — Artículo 5, apartado 1 — Principio de igualdad de trato — Artículo 3, apartado 1, letra f) — Concepto de "condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal" — Compensación debida en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente en caso de extinción de la relación laboral»

En el asunto C426/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Judicial da Comarca de Braga, Juízo do Trabalho de Barcelos (Tribunal de Primera Instancia de Braga, Juzgado de lo Laboral de Barcelos, Portugal), mediante resolución de 15 de julio de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 10 de septiembre de 2020, en el procedimiento entre GD, ES y Luso Temp — Empresa de Trabalho Temporário SA, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente, es inferior a la compensación a la que esos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo concepto, si hubiesen sido contratados directamente por esa empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo.

LIBRE CIRCULACION DE TRABAJADORES

STJUE 28-4-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Libre circulación de los trabajadores — Artículo 45 TFUE — Reglamento (UE) n.º 492/2011 — Artículo 7,

apartado 2 — Igualdad de trato — Sistema nacional de reconocimiento de la carrera profesional de los profesionales sanitarios — No consideración de la experiencia profesional adquirida en los servicios de salud de otro Estado miembro — Obstáculo»
En el asunto C86/21, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, mediante auto de 4 de febrero de 2021, recibido en el Tribunal de Justicia el 11 de febrero de 2021, en el procedimiento entre Gerencia Regional de Salud de Castilla y León y Delia, el Tribunal de Justicia (Sala Sexta) declara:

El artículo 45 TFUE y el artículo 7 del Reglamento (UE) n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional relativa al reconocimiento de la carrera profesional en el servicio de salud de un Estado miembro que impide tomar en consideración, en concepto de antigüedad del trabajador, la experiencia profesional adquirida por este en un servicio público de salud de otro Estado miembro, a menos que la restricción a la libre circulación de los trabajadores que implica dicha normativa responda a un objetivo de interés general, permita garantizar la realización de ese objetivo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo.

SEGURIDAD SOCIAL TRABAJADORES MIGRANTES

STJUE 19-5-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Trabajadores inmigrantes — Seguridad social — Legislación aplicable — Reglamento (CEE) nº 1408/71 — Artículo 14, apartado 2, letras a), i) y ii) — Reglamento (CE) nº 883/2004 — Artículo 11, apartado 2 5 – Artículo 13, apartado 1, letras a) y b) – Concepto de «base de operaciones» – Personal de navegación marítima – Trabajadores que ejercen su actividad por cuenta ajena en el territorio de dos o más Estados miembros – Criterios de vinculación ”

En el asunto C33/21, PETICIÓN de decisión prejudicial en virtud del artículo 267 TFUE de la Corte suprema di cassazione (Tribunal de Casación, Italia), realizada mediante resolución de 21 de diciembre de 2020, recibida en el Tribunal el 18 de enero de 2021, en el procedimiento Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Instituto Nacional de Prevención Social (INPS) versus DAC Ryanair,

El Tribunal de Justicia (Sala Séptima) resuelve:

Artículo 14, apartado 2, letra a), inciso i), del Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia y a los miembros de su familia que se desplacen dentro de la Comunidad, modificado y actualizado por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996, modificado por el Reglamento (CE) n.º 631/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, artículo 13, apartado 1, letra a) y Artículo 87, apartado 8, del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, modificado por el Reglamento (CE) nº 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009, luego por el Reglamento (UE) n.º 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, así como el artículo 11, apartado 5, del Reglamento n.º 883/2004, modificado por r El Reglamento nº 465/2012, debe interpretarse

en el sentido de que la legislación en materia de seguridad social aplicable al personal de vuelo de una compañía aérea, establecida en un Estado miembro, que no esté amparado por certificados E101 y que trabaje 45 minutos al día en una sala destinada a albergar la tripulación, denominada “sala de tripulación”, que dicha compañía aérea tiene en el territorio de otro Estado miembro en el que reside esta tripulación de vuelo y que, durante el resto del tiempo de trabajo, se encuentra a bordo de la aeronave de esa compañía aérea es la legislación de este último Estado miembro.

TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

STJUE 5-5-2022. Ir a texto

Procedimiento prejudicial — Política social — Trabajo a tiempo parcial — Directiva 97/81/CE — Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo a tiempo parcial — Cláusula 4, apartado 1 — Principio de no discriminación — Personal académico a tiempo parcial — Nombramiento definitivo automático reservado a los miembros del personal académico que ejercen la docencia a tiempo completo — Cálculo del porcentaje de carga de trabajo a tiempo completo al que equivale una carga de trabajo a tiempo parcial — Inexistencia de requisitos»

En el asunto C265/20, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el hof van beroep Antwerpen (Tribunal de Apelación de Amberes, Bélgica), mediante resolución de 24 de marzo de 2020, recibida en el Tribunal de Justicia el 15 de junio de 2020, en el procedimiento entre FN y Universiteit Antwerpen y otros el Tribunal de Justicia (Sala Séptima) declara:

1) La cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, en su versión modificada por la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una práctica nacionales en virtud de las cuales un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo completo será nombrado automáticamente con carácter definitivo, sin otra razón objetiva que el hecho de ejercer la docencia a tiempo completo, mientras que un miembro del personal académico que ejerce la docencia a tiempo parcial será nombrado con carácter definitivo o contratado con carácter temporal.

2) El Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997 y que figura en el anexo de la Directiva 97/81, en su versión modificada por la Directiva 98/23, debe interpretarse en el sentido de que no impone al empresario que contrata a un trabajador a tiempo parcial ningún requisito en cuanto al modo de cálculo del porcentaje que representa esa carga a tiempo parcial en relación con una carga a tiempo completo comparable.

JURISPRUDENCIA
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DERECHO A UN PROCESO JUSTO

STDH 12-5-2022 (Tabouret vs. Francia). Ir a texto

Art 6 § 1 (civil) • Acceso a los tribunales • Negativa a pagar importes elevados por presentar una denuncia ante el Tribunal Constitucional relativa a la privación de capacidad jurídica, desproporcionada para los objetivos de garantizar el buen funcionamiento del tribunal y proteger el presupuesto del Estado • Los servicios sociales no participan a los procedimientos formales de una sola parte, lo que significa que no hay riesgo de un efecto disuasorio en el desempeño de sus funciones mediante la imposición de costas

LIBERTAD SINDICAL

STDH 5-5-2022 (Vlahov vs. Croacia). Ir a texto

Art 11 • Libertad de asociación • Condena penal del representante sindical, por negarse a admitir a miembros potenciales para afiliarse, no es necesario en una sociedad democrática • Falta de razonamiento en las decisiones de los tribunales nacionales • Ausencia de dificultades sufridas por los miembros potenciales

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

OIT NEWS

La inflación se duplicó entre marzo de 2021 y marzo de 2022. Ir a texto

ADMINISTRACIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Calendario estadístico

Índices de producción industrial. Ir a texto

Índice de garantías de competitividad. Marzo 2022. Ir a texto

Índices de precios industriales. Ir a texto

El rincón de la conTraCultura

Silvia Ayestarán y
AG Stakanov

CINE

El espía honesto

115 min.

Dir. y Guion: Franziska Stünkel.

Producida por ARTE, C-Films, Franks Filmproduktion, Network Movie Film-und Fernsehp, ZDF.

Disponible en Filmin.

Trailer

Este mes traemos a esta sección una historia real que se desarrolló bajo el trasfondo histórico de la antigua RDA, cuyo particular ambiente y estética ha acabado por forjar todo un subgénero. En *El espía honesto*,

Lars Eidinger interpreta con notable verosimilitud a un científico que acepta trabajar para el servicio de inteligencia de la RDA como aval para abreviar plazos en la consecución de un cargo de catedrático en la Universidad. Sin embargo, las tareas encomendadas causarán un terremoto en la vida del científico que afectarán no sólo a sus expectativas académicas sino también vitales.

A la solvencia y austeridad con que se nos muestra esta historia de intriga hay que unir un evidente elemento emocional vinculado a la proximidad en el tiempo y geográficamente de unos hechos y un contexto político -el comunismo de la RDA-, predominado por el control descarnado y absoluto de todos los ciudadanos. Bajo la perspectiva actual, resulta atroz meternos en la piel del protagonista (o su mujer) y tomar conciencia que estas circunstancias ocurrían a relativamente pocos kilómetros de nosotros.

Todo aquel que desee seguir abordando esta temática está de suerte si nos atenemos a la extraordinaria periodicidad con la que van apareciendo nuevas películas y hasta series. Citemos en el elenco a *Viento de libertad* (Michael Herbig, 2018), *Cold war* (Pawel Pawlikoski, 2018), *La sombra del pasado* y la aclamada *La vida de los otros* (Florian Henckel von Donnersmarck, 2018 y 2006), *El Puente de los espías* (Spielberg, 2015), *Bárbara* (Christian Petzhold, 2012), pasando por *Good Bye Lenin* (Wolfgang Becker, 2003), que se acumulan a las ya clásicas como *Cortina rasgada* (Hitchcock, 1966), *El espía que surgió del frio* (Martin Ritt, 1965) o la *comedia Un, dos y tres* (Billy Wilder, 1961), sin poder olvidarnos de la serie *Deutschland,* con sus tres temporadas *83, 86 y 89*, que ofrece un retrato global de los últimos años del experimento. Imprescindible para el tratamiento de la almorrana estalinista.

BLUES/ROCK/SOUL. LOS TRES COLORES BÁSICOS…

Gladys Knight and the Pips

"Keep dreaming"
(Columbia, Soul, 1982).

La banda que presentó al mundo a la solista Gladys Knight nació en 1952, época tempranísima incluso para el Soul, un género minoritario hasta que Berry Gordy impulsara en 1959 su conocida factoría de éxitos (Motown). Los Pips firmaron con el sello de Detroit en 1966, proporcionándole su mayor éxito hasta el momento (*I heard it throught the grapevine*), posteriormente inmortalizado por Marvin Gaye.

Su mayor hito, no obstante, lo alcanzaron ya fuera de Motown, en 1973 con el nº 1 *Midnight train to Georgia*, editado por Buddah records, hasta conformar todo un clásico del estilo. Una versión simpática del tema la pudimos rescatar de esta conocida Serie de TV, sin olvidar su empleo satírico para musicar el regreso de Jimmy Carter a su hogar tras perder la reelección ante Reagan en 1980.

Gladys Knight mantuvo su carrera en solitario destacando en la interpretación de standars, hasta recibir el quizá hiperbólico apodo de Emperatriz del Soul, dentro de un género donde abunda el empoderamiento femenino, ya que cuenta con una Reina (Aretha) y hasta una Suma sacerdotisa (Nina Simone).

...Y SUS DERIVADOS (COMBINACIONES, PERMUTACIONES Y PERVERSIONES)

Yes

"Drama" (Atlantic, 1980. Rock progresivo).

Yes abanderó el sonido sinfónico desde finales de los 60, proporcionando una clave accesible al público dentro de una derivación no siempre agradable al oído no educado. Así, mientras otras bandas del estilo (King Crimson, Pink Floyd, Genesis) no despreciaban un cierto aventurerismo sonoro, dando a entender algún desinterés por las listas de éxitos, la banda de Londres mostró una notable querencia al empleo de las melodías sencillas y fórmulas rítmicas accesibles.

Mi descubrimiento de los Yes fue accidental y necesariamente tardío por cuestiones de edad. En 1980, fecha de la edición de *Drama*, la banda había editado sus obras más influyentes, debiéndose destacar necesariamente la trilogía que conforman *The Yes álbum* (1971), *Fragile* (1972) y *Close to the Edge* (1972). En 1980, con 12 años de edad, yo era un fan empedernido de los Buggles, pasándome ratos muertos escuchando arriba y abajo su primer y único Lp, *Age of plastic.* Y cuando se esperaba la edición de su 2º LP, Yes perdió a Rick Wakeman y a Jon Anderson, buscando como reemplazos a Trevor Horn y Geoff Downes, el dúo que conformaba mi grupo favorito. En otros términos, Yes absorbió a la banda que me había enseñado a escuchar un disco de arriba abajo (superada ya la fase de oír recopilatorios de éxitos), con lo que no está de más añadir que el siguiente disco de los Buggles que compré fue este *Drama* de Yes.

Este LP tiene mala fama por haber *facilitado* aún más el sonido de Yes, y hasta Trevor Horn lo considera un error en su carrera (lo cual es grave teniendo en cuenta que el tío produjo a los "fraudulentos" Frankie Goes to Hollywood). Pero creo sinceramente que ese cruel dicterio pierde seriedad si se repara en el *exitazo* de 1983 (90125), y su *Owner of a lonely heart*, superventas que, pese a conservar ramalazos de genio, languidece dentro de una envoltura MTV bastante indecente. Así que, con la debida perspectiva, es posible que *Drama*, aun representando un retroceso con respecto a la trilogía de 1971/72, pueda presumir de cierta altura estilística, atributo que ya brilla por su ausencia en los productos grabados a partir de 80. Por lo que a mí respecta, los Yes quedaron ahí.

JAZZ/EXPERIMENTAL

Don Cherry

"Hear and Now"
(Atlantic, 1977; *Avant-garde Jazz*)

Don Cherry tiene en su haber el haber conformado la banda empleada por Ornette Coleman para su presentación del jazz free dentro de *The shape of the jazz to come*. Este honor, dudoso para la ortodoxia, le ha llevado a acumular cierto prestigio entre el público menos acomplejado, así como a desarrollar una carrera de *outsider*, en la que se combina su trabajo como sideman de Jazzmen consagrados (Lacy, Rollins, Haden…el propio Ornette), con excursiones hacia el rock (Lou Reed) o la producción de Bandas sonoras (*The holy mountain,* Jodorowsky).

Su producción en solitario ha mostrado una destacable tendencia hacia la música étnica, liderando una banda con músicos de instintos afines (Colin Walcott y Nana Vasconcelos), que editó una trilogía entre 1979 y 1983. Este *Hear and now* es el prólogo a esa deriva hacia la *world music*, con preferencia por el ambiente hindú.

¡Es un LP de acceso al género, que combina pasajes de jazz rock y hasta pistas funky en absoluto delirantes o liberadas. Una buena piedra de toque para dar continuidad a sensaciones antes alcanzadas de la mano de *Bitches Brew*, aunque con una dosis inferior de cafeína.

CARTA SOCIAL EUROPEA

ARTÍCULOS Y JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Traducido por **Carlos Hugo PRECIADO DOMÈNECH**
Magistrado especialista del Orden Social.
Doctor en Derecho Social

ARTÍCULO 29

Derecho a la información y a la consulta en los procedimientos de despido colectivo

Puedes acceder a este y otros artículos de la carta social a través de este link:

Todos los trabajadores tienen derecho a ser informados y consultados en los procedimientos de despido colectivo.
Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a ser informados y consultados en los casos de despidos colectivos, las Partes se comprometen a garantizar que los empleadores informen y consulten oportunamente a los representantes de los trabajadores, antes de dichos despidos colectivos, sobre las posibilidades de evitar dichos despidos o de limitar su número y mitigar sus consecuencias, por ejemplo recurriendo a medidas sociales simultáneas dirigidas, en particular, a promover la recolocación o la reconversión de los trabajadores afectados.

Anexo I: A los efectos del art.29, el término "representantes de los trabajadores" significa personas reconocidas como tales por la legislación o la práctica nacionales.

El artículo 29 garantiza a los representantes de los trabajadores el derecho a ser informados y consultados a su debido tiempo por los empleadores que estén considerando los despidos colectivos.

DESPIDOS A LOS QUE SE APLICA

En virtud del artículo 29, los despidos colectivos son despidos que involucran a una pluralidad de empleados en el marco de una unidad de tiempo que será determinada por la ley, que se producen por causas ajenas a la persona de los trabajadores y son posteriores a la reducción o transformación de las actividades de la empresa[1]

Sin embargo, la definición de despido en la legislación nacional no debe ser restrictiva[2].

CONCEPTO DE "REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES"

El apéndice de la Carta establece que los representantes de los trabajadores son aquellos previstos por la ley o la práctica de los Estados Partes, de conformidad con el Convenio núm. 135 de la OIT sobre los representantes de los trabajadores, es decir, los representantes sindicales, esto es, nombrados o elegidos por los sindicatos. o miembros de sindicatos o representantes electos, es decir, representantes libremente elegidos por los trabajadores de la empresa y cuyas funciones no se extiendan a actividades reconocidas en los países interesados como prerrogativas exclusivas de los sindicatos. Esta redacción significa que los Estados Partes son libres de determinar cómo se debe designar a los representantes de los trabajadores cuya información y consulta se requiera (sistema general o *ad hoc* [3].

La legislación nacional debe disponer que los empleados tengan la posibilidad de designar delegados cuando no exista ninguna otra forma de representación (sindicato u otro órgano representativo) dentro de la empresa. Estos representantes deben representar a todos los trabajadores afectados por los despidos colectivos. Estos representantes del personal no deben ser sancionados por sus actividades durante el procedimiento mencionado en el artículo 29 de la Carta[4].

PROCEDIMIENTO DE CONSULTA

Consulta oportuna

El procedimiento de consulta debe implementarse, según el artículo 29, "con suficiente antelación, antes de los despidos colectivos", es decir, tan pronto como el empleador tenga previsto realizar los despidos colectivos.

OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONSULTA

El artículo 29 obliga a los Estados Partes a establecer un procedimiento de información y consulta que debe preceder a los despidos colectivos. Este procedimiento debe buscar, por un lado, informar a los trabajadores de las razones y alcance de los despidos previstos y, por otro lado, asegurar que se tenga en cuenta la posición de los empleados en cuanto al número de despidos y sus condiciones. .

1 Conclusiones 2003, comentario de interpretación sobre el artículo 29

2 Conclusiones XX-3 (2014), Azerbaiján

3 Conclusiones 2003, Suecia

4 Conclusión 2014, Comentario de interpretación sobre el artículo 29

De las disposiciones del artículo 29 se desprende que el derecho interno también debe garantizar que se adopten medidas para minimizar las consecuencias de los despidos colectivos[5].

El artículo 29 enfatiza la obligación del empleador de dialogar con los representantes de los trabajadores y el propósito de este diálogo. El Comité aclaró que "la obligación de consultar no se limita a una obligación unilateral de proporcionar información, sino que presupone que existe un diálogo suficiente entre el empleador y los representantes de los trabajadores sobre las posibilidades de evitar despidos o limitar su número y mitigar sus consecuencias sin necesariamente llegar a un acuerdo ".[6] La mera notificación de despidos colectivos a los trabajadores o sus representantes no es suficiente[7].

Cuando se implementen iniciativas destinadas a limitar las repercusiones de los despidos colectivos, se debe exigir al empleador que coopere con los servicios administrativos encargados de la política de lucha contra el desempleo, notificándoles, por ejemplo, los despidos colectivos previstos y / o cooperando con ellos para establecer planes de asistencia para la readiestramiento u otras formas de asistencia para encontrar un nuevo trabajo.[8]

CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN PREVIA

Para que dicho diálogo se lleve a cabo, la consulta debe ir precedida de la comunicación de cualquier documento útil: motivos de despido, plan social, declaración de criterios de despido, auto de despido.[9]

SANCIONES

El derecho de consulta debe ir acompañado de garantías específicas para asegurar su efectivo ejercicio. En caso de incumplimiento por parte del empleador de sus obligaciones, deberá preverse un mínimo procedimiento administrativo o judicial antes de que se produzcan los despidos para evitar que se lleven a cabo sin respetar la obligación de consulta.[10]

Deben preverse sanciones a posteriori que sean eficaces, es decir, suficientemente disuasorias para el empresario. El derecho de los empleados a impugnar la legalidad de su despido se examina en el artículo 24 de la Carta[11].

---

5 Conclusiones 2014, Observación interpretativa del artículo 29
6 Conclusiones 2003 y 2005, Observación interpretativa del artículo 29
7 Conclusiones 2014, Georgia.
8 Conclusiones 2014, comentario de interpretación sobre el artículo 29
9 Conclusiones 2005, Lituania
10 Conclusiones 2007, Suecia
11 Conclusiones 2003 y 2005, comentario de interpretación sobre el artículo