

LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN
EL EMPLEO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO
DE DERECHOS SOCIALES DERIVADA DEL PROCEDIMIENTO
DE RECLAMACIONES COLECTIVAS (ART. 1.2. CSER)¹

THE PROHIBITION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION IN EMPLOYMENT
IN THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS CASE LAW FROM
COLLECTIVE COMPLAINTS PROCEDURE (ART. 1.2 ESC REVISED)

Fernando Pérez Domínguez
Universidad de Huelva
ORCID: 0000-0003-1727-9864
fernando.perez@uhu.es

RESUMEN: Tras la ratificación por parte de España de la Carta Social Europea Revisada y su sometimiento al procedimiento de reclamaciones colectivas ante el Comité Europea de Derechos Sociales (CEDS), este trabajo recoge la doctrina del este último en relación con la prohibición de discriminación en materia de empleo. En particular, se analiza la doctrina emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas, con el objeto de contribuir a su mejor conocimiento y promover su acogida por los operadores nacionales.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de discriminación en el empleo, Carta Social Europea revisada (CSER), Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), jurisprudencia.

1. Esta aportación forma parte de los trabajos desarrollados bajo los proyectos “Nuevas Causas y Perfiles de Discriminación e Instrumentos para la Tutela Antidiscriminatoria en el Nuevo Contexto Tecnológico Social” (Proyectos I+D+i FEDER Andalucía 2014-2020, Referencia: US-1264479) y “La Carta Social Europea y la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales: su impacto en España” (Proyectos de I+D «Generación de Conocimiento», Referencia: PGC2018-094527-B-I00).

ABSTRACT: After the ratification of the Revised European Social Charter by Spain and its submission to the collective claims procedure before the European Committee of Social Rights (ECSR), this paper analyzes its case law about the prohibition of discrimination in employment. In particular, the case emanating from the collective claims procedure is analyzed, in order to contribute to its better knowledge and promote its acceptance and implementation by national operators.

KEYWORDS: Prohibition of discrimination in employment, revised European Social Charter, European Committee of Social Rights (ECSR), case law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA CSER: RECONOCIMIENTO, AUTONOMÍA Y RELACIÓN CON OTRAS PREVISIONES EN MATERIA ANTIDISCRIMINATORIA. 3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CSER. 4. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN. 4.1. Discriminación por razón de sexo y discapacidad: remisión a previsiones específicas. 4.2. Discriminación por razón de nacionalidad. 4.3. Discriminación por motivos de conciencia. 4.4. Discriminación por razón de edad. 4.5. Discriminación por falta de justificación de las diferencias entre categorías de trabajadores comparables. 4.5.1. Discriminación y temporalidad: sector público vs. sector privado. 5. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, TIPOS Y EXCEPCIONES. 6. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN. 7. LA DINÁMICA APLICATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO. 8. GARANTÍAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA. 9. CONCLUSIONES. 10. BIBLIOGRAFÍA. 11. JURISPRUDENCIA.

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 29 de abril de 2021 España ratificó² la Carta Social Europea Revisada (CSER), esto es, el instrumento de protección específico de derechos laborales y sociales del Consejo de Europa. Con ello, además de adherirse a una carta de derechos sociales más rica y avanzada que la versión original de 1961, España se somete, por fin, al reclamado procedimiento de reclamaciones colectivas³ ante el Comité Europeo de Derechos Socia-

2. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 2021 de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE n. 139, 11/06/2021).

3. Han sido muchas las voces en la doctrina que, desde hace años, han reclamado que España aceptara tanto el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 9 de noviembre de 1995, que desarrolla un sistema de reclamaciones colectivas (lo que era posible incluso sin ratificar la Carta revisada de 1996), como que ratificara igualmente la versión revisada de la Carta. Por todos, véase ARENAS RAMIRO, M., “La garantía del Comité Europeo de Derecho sociales: un compromiso real con los derechos sociales”, *Lex Social*, vol. 10, n. 1, 2020, pp. 261-291; SALCEDO BELTRÁN, C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europea (constitución social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n. n. 83, 2018, pp. 45-74.

les (CEDS), el órgano de control del cumplimiento de la Carta. Si hasta ahora dicho Comité evaluaba periódicamente la adecuación de la normativa laboral y social española a las exigencias de la Carta (en su versión anterior de 1961) a partir de los informes presentados por el Estado, el procedimiento de reclamaciones colectivas permite que organizaciones representativas de trabajadores y empresarios, así como organizaciones no gubernamentales, entre otros sujetos, puedan impugnar ante dicho Comité las normas o prácticas nacionales que entiendan disconformes con los derechos reconocidos en la Carta y las correspondientes obligaciones asumidas por los Estados Parte.

Este nuevo cauce de activación de la labor de control desarrollada por el CEDS supone reforzar el nivel de garantía de un instrumento internacional de protección de los derechos sociales muy valorado por la extensión y profundidad de sus contenidos⁴, frente a la tradicional parquedad de los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales. Además, son muchas las esperanzas depositadas en el procedimiento de reclamaciones colectivas como revulsivo de un control de convencionalidad en materia social y laboral que no siempre es acometido con profundidad por parte de los órganos jurisdiccionales internos⁵. Si bien la doctrina (o jurisprudencia) del CEDS mantiene una unidad de criterio, independientemente de que se genere en el marco del sistema de informes o en el marco de las reclamaciones colectivas, la labor del Comité es mucho más concreta e incisiva en este último procedimiento al limitar su objeto a una normativa y/o práctica nacional en particular, en lugar de atender al conjunto de la normativa nacional en relación con cada derecho de la Carta⁶.

De acuerdo con ello, estudios como el presente pretenden analizar y dar a conocer la doctrina del CEDS; particularmente, aquélla generada por este órgano al

4. En este sentido, destaca el carácter prolijo y detallado de las formulaciones de la Carta, CA-NOSA USERA, R., “Carta Social Europea y Comité Europeo de Derechos Sociales”, en MASALA, P.: *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Foros y Debates 5, CEPC, 2018, pp. 155 ss.

5. Sobre la aplicación de la Carta por parte de los órganos internos y la efectividad de las resoluciones del CEDS, véanse JIMENA QUESADA, L., “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, 2020, PP. 125-167; GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X., “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”, *Lex Social*, vol. 5, n. 2, 2015, pp. 260-291; NIVARD, C., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa”, *Lex Social*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 12-33; SALCEDO BELTRÁN, C., “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”, *Actualidad* – Centro de Estudios Andaluces, n. 73, 2015, 1-38; SARMENTO BARRA, J. Y AUBRIERE, M., “La Charte Sociale Européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole”, *Lex Social*, vol. 5, n. 1, 2015, pp. 161-173.

6. Sobre el potencial del referido procedimiento, véase SALCEDO BELTRÁN, C., “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del Constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 57, 2020, pp. 195-271.

resolver las reclamaciones colectivas anteriores a la adhesión de España a dicho procedimiento. A medida que se planteen reclamaciones colectivas desde España y haya pronunciamientos del CEDS específicamente dirigidos a normas o prácticas internas concretas, es de esperar que éstos espoleen a operadores jurídicos y órganos jurisdiccionales a tomar en consideración la jurisprudencia del CEDS; circunstancia que, salvo casos puntuales, no se ha dado con la frecuencia deseada⁷.

En este caso, se atenderá a la doctrina del CEDS en materia de prohibición de discriminación en el empleo. Se trata de una materia que reviste especial interés porque permite ilustrar el particular enfoque o proyección que la CSER y el Comité dan a la tutela antidiscriminatoria, así como advertir los contrastes y sinergias con el tratamiento dado a la igualdad y no discriminación en el CEDH⁸. En tal sentido, puede avanzarse que si bien la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo es identificada por el CEDS bajo el art. 1.2 CSER, la Carta contiene otras previsiones en materia de igualdad y no discriminación atinentes tanto a condiciones laborales como a derechos, prestaciones sociales y colectivos concretos. De ello resulta un rico y diverso enfoque antidiscriminatorio que subyace al conjunto de la Carta. Éste merece ser analizado para precisar su correcta delimitación y advertir la dinámica interpretativa y aplicativa del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre cada concreta materia.

2. LA PROHIBICIÓN DE TODA FORMA DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO EN EL CONTEXTO DE LA CSER: RECONOCIMIENTO, AUTONOMÍA Y RELACIÓN CON OTRAS PREVISIONES EN MATERIA ANTIDISCRIMINATORIA.

La prohibición de discriminación en el empleo en todas sus formas es, junto a la prohibición de trabajo forzado, el segundo de los dos grandes problemas frente a los que

7. Sobre los argumentos que justifican la falta de aplicabilidad de la Carta, véase ALZAGA RUIZ, I., "La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos", *Trabajo y Derecho*, n. 64, 2020, pp. 1-31. A favor, en cambio, de la aplicación a nivel interno, ALFONSO MELLADO, C.I. "La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social", *Trabajo y Derecho*, n. 12, 2015, pp. 1-21.

8. En general, sobre las relaciones entre la Carta Social y el CEDH, y la disposición de sus órganos de garantía a apoyarse mutuamente, véase: CHATTON, G.T., "La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta", *Revista de Derecho Político*, n. 73, 2008, pp. 273-310; CUBERO MARCOS, J.I., "La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 105-140; JIMENA QUESADA, L., "El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, 2015, pp. 99-1278; MORTE GÓMEZ, C., "Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección", *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 551-568.

la Carta afirma en su art. 1.2 el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido⁹. Así lo consideró desde el inicio el CEDS¹⁰ y lo ratifica, más recientemente desde el sistema de reclamaciones colectivas, al señalar que “el principio de no discriminación forma parte integrante del art. 1.2¹¹” a pesar de que la literalidad de la Carta no lo refleje.

Bajo la previsión del art. 1.2 CSER subyace una noción de trabajo productivo, concebido como medio de autodeterminación y realización personal para “ganarse la vida” en sentido tanto físico o primario como trascendente¹². Esta dependencia existencial del trabajo determina su fuerte vínculo con el concepto de dignidad humana que impide que la persona sea tratada –por su capacidad de trabajo– como mera mercancía o factor de producción y que se le niegue un espacio de desarrollo esencial de su existencia. En consecuencia, el art. 1.2 va a tutelar la dignidad de las personas en el trabajo en sus condiciones elementales de libertad e igualdad; esto es, impidiendo la anulación de su voluntad mediante la imposición de un trabajo forzado, de un lado, y evitando su exclusión por motivos discriminatorios, de otro. En medio de la negación absoluta de ambos atributos individuales, el Comité habría identificado un espacio intermedio que tutelar mediante la afirmación de esa “tercera faceta” del derecho a un trabajo libremente elegido que viene aplicando a realidades y situaciones diversas de precarización o condicionamiento desproporcionado del desarrollo profesional de las personas (v.gr. las condiciones de precariedad que genera el abuso de la

9. El artículo 1 CSER señala que “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo, las Partes se comprometen: (...) 2. a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido”.

10. Así, en un primer momento, el Comité vinculó la genérica proclamación del derecho a un trabajo libremente elegido del art. 1.2 “con dos problemas particularmente importantes, a saber: la prohibición del trabajo forzado y la erradicación de toda forma de discriminación en el empleo” (Observación interpretativa sobre el art. 1.2, de 31 mayo 1969, Conclusiones I). Ambos constituyen los contenidos o facetas originales del art. 1.2 de la Carta. En época más reciente, el Comité consideró conveniente extender el radio de acción de la previsión del art. 1.2 CSER a “otros aspectos del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido” (Observación interpretativa sobre el art. 1.2, Conclusiones XVI-1 y 2002) que, sin llegar a constituir trabajo forzado o una exclusión discriminatoria, sí pueden interferir u obstaculizar el ejercicio del derecho a un trabajo libremente elegido. De esta forma, el CEDS ha dotado a este derecho de tres facetas o proyecciones que tiende a formular en sentido negativo mediante tres prohibiciones: del trabajo forzado, de toda forma de discriminación en el empleo y de toda práctica que pueda interferir u obstaculizar el ejercicio del derecho [Así precisa el alcance del art. 1.2 en las Reclamaciones Colectivas Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párr. 131 y Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019, párr. 76].

11. Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 44.

12. Sobre el concepto de trabajo que subyace a la proclamación del derecho, véase GIL Y GIL, J.L., “El derecho a un trabajo digno”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 960 ss.

contratación temporal y a tiempo parcial, la incidencia de las nuevas tecnologías en la vida privada del trabajador o la excesiva condicionalidad de la prestación por desempleo y el concepto de ocupación adecuada, entre otras cuestiones).

Entendido bajo esos parámetros tan esenciales, el art. 1.2 CSER no es la sede adecuada para analizar las controversias relativas al contenido sustantivo o nivel de protección de las diversas condiciones y vicisitudes de una relación laboral; para lo cual existen otras previsiones concretas en la Carta¹³. Sólo los casos en que las condiciones establecidas para el acceso al empleo o para el ejercicio de las instituciones y garantías laborales supongan materialmente un impedimento o restricción a la libertad o autodeterminación profesional, o bien en los supuestos en que las personas trabajadoras resulten excluidas del ejercicio de aquellas facultades o tratadas de forma diferente por motivos discriminatorios, corresponderá enjuiciarlos desde la perspectiva de este artículo y su faceta o proyección correspondiente¹⁴.

Por lo que respecta a la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo, al reconocimiento, por vía interpretativa, de esta faceta del derecho al trabajo libremente elegido, le sigue la contundente afirmación de su naturaleza sustantiva y autónoma (*ex art. 1.2*) respecto del resto de derechos de la Carta. De esta forma, “toda discriminación en cualquier etapa de la vida laboral, incluida la promoción, está cubierta por el artículo 1.2¹⁵” sin necesidad de referir o alegar otros preceptos

13. De acuerdo con ello, el CEDS rechazó enjuiciar desde la perspectiva del art. 1.2 CSER el cambio de estatus (de civil a militar) y de condiciones de trabajo (convenio colectivo aplicable y otros aspectos atinentes a la libertad sindical) que habían sufrido los empleados públicos afectados por un proceso de reestructuración del sector público italiano que determinó su traspaso o transferencia a otro cuerpo o rama de la Administración. En relación con la alegación del art. 1.2 CSER por la organización reclamante, el CEDS afirma que tal derecho no implica que “la ocupación del trabajador, libremente asumida, sea preservada en toda circunstancia de cualquier cambio, incluido el que resulte de una reorganización de las actividades en el sector público” (Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindacato autonomo polizia ambientale forestale (SAPAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019, párr. 77). No obstante, ello no impidió que el Comité sí analizara el caso desde la perspectiva de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva (arts. 5 y CSER) del personal afectado por el proceso de reestructuración.

14. Aplicando la misma lógica que en el caso anterior, pero con resultado inverso, el CEDS sí analizó bajo el art. 1.2 CSER la situación en que quedaron los funcionarios de los originarios servicios públicos de telefonía y correos franceses tras sendas reformas liberalizadoras que supusieron la creación de dos nuevos operadores y la recolocación en éstos de aquellos funcionarios. Producida la integración del personal funcionario originario en los nuevos operadores, las condiciones de promoción interna aplicables a determinados grupos de dicho personal presentaban posibles diferencias respecto al resto de la plantilla de los nuevos operadores; circunstancia que sí fue analizada por el CEDS como una posible discriminación en materia de promoción profesional (*Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párrs. 48-60). Asimismo, el Comité ha analizado las condiciones de vinculación temporal en las Fuerzas Armadas por su efecto condicionante sobre la libertad de desistir de una ocupación libremente elegida inicialmente y el acceso a otros trabajos futuros y potenciales.

15. *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 44.

de la Carta y, muy particularmente, el art. E CSER¹⁶ (cláusula antidiscriminatoria general o transversal a todos los derechos de la Carta, de carácter relacional y dependiente). Asimismo, la autonomía del derecho a la no discriminación en el empleo dimanante del art. 1.2 permite que una misma disposición o práctica pueda ser, a la vez o alternativamente, vulneradora de este precepto y de la regulación sustantiva de la condición laboral de que se trate contenida en otro artículo de la Carta, como ya se ha indicado. Con esta configuración de la prohibición de discriminación en relación con cualesquiera condiciones de empleo, la Carta Social se aleja o evita, en este concreto ámbito, los problemas que plantea el reconocimiento de un derecho a la no discriminación de carácter dependiente y subsidiario, como ocurre con el art. 14 CEDH¹⁷, y dota así a las condiciones de trabajo de una protección más completa y directa.

16. El Comité ha dotado de carácter autónomo a la prohibición de discriminación en el empleo *ex art. 1.2* tanto en la Carta de 1961 como en la Carta Revisada; y en ambos casos ha distinguido esta concreta prohibición de discriminación de las cláusulas generales antidiscriminatorias contenidas en el Preámbulo de la Carta original de 1961 y, posteriormente, en el art. E de la Parte V de la CSER. Tales cláusulas generales sólo serían alegables en combinación con otros derechos de la Carta. La ubicación de tales preceptos en las Partes I y II de la CSER, de un lado, y en la Parte V, de otro, parece ser determinante de su distinta naturaleza a juicio del Comité [véase a este respecto *Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) c. Grecia*, RC 66/2011, 23 mayo 2012, párr. 66]. En coherencia con este planteamiento, el Comité no considera la alegación conjunta o combinada de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 y del art. E. Si bien, en algunas ocasiones, se limita a pronunciarse exclusivamente sobre la quiebra o no del art. 1.2, obviando la alegación del art. E (v.gr. *Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. Francia*, RC 56/2009, 23 junio 2010); en otros casos reafirma la autonomía del primero en asuntos de discriminación en el empleo y la consiguiente exclusión del segundo de su análisis. Así lo hace en el caso de *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párrs. 43-44, en un supuesto de discriminación en materia de promoción profesional entre dos colectivos de trabajadores de una misma entidad procedentes de un proceso de reestructuración del sector público; y afirma también la autonomía del art. 1.2 en *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega*, RC 74/2011, 2 julio 2013, párrs. 51 y 82, en un caso de discriminación por edad derivada de la regulación noruega que establecía la facultad empresarial de rescindir el contrato de los trabajadores del mar que alcanzasen los 62 años de edad. Por su parte, en *Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia*, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párrs. 130-136 y 194-197, el Comité considera que la regulación griega por la que se establece una particular reducción del salario mínimo para todos los trabajadores menores de 25 años constituye, de un lado, una discriminación por razón de edad en materia de empleo contraria al art. 1.2 CSE y, de otro lado, una vulneración del art. 4.1 tanto en lo relativo a una remuneración suficiente como desde la perspectiva de la cláusula antidiscriminatoria del Preámbulo de la CSE de 1961. Este último pronunciamiento, que confirma el carácter autónomo y no subsidiario de la prohibición de discriminación del art. 1.2, traía causa de la anterior Reclamación Colectiva 66/2011 (párrs. 66-70), antes citada, que analizó el mismo caso, pero sólo desde la óptica del art. 4.1 al no alegar los reclamantes la vulneración del art. 1.2 CSE de forma autónoma.

17. Sobre los problemas de articulación de la prohibición de discriminación en el CEDH (art. 14 y Protocolo núm. 12) y la jurisprudencia del TEDH, véase CARMONA CUENCA, E., "La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)", en GARCÍA ROCA,

La autonomía de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 respecto del art. E, no es la única relación de aquel con el resto de artículos de la Carta que merece atención. La prohibición de discriminación del art. 1.2 presenta un carácter general y amplio, tanto desde la perspectiva de las causas de discriminación que considera como desde la perspectiva de los ámbitos materiales que alcanza (todo lo relativo a las condiciones de trabajo en términos amplios). De acuerdo con ello, existen otros artículos de la Carta que atienden, particularmente, de un lado, a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón de sexo (art. 20 CSER); o al acceso al empleo sin discriminación por razón de discapacidad (art. 15.2); y de otro, a la concreta discriminación relativa a determinadas condiciones laborales como el salario (y por razón de sexo *ex* art. 4.3).

De esta circunstancia se desprenden varias observaciones relevantes. En primer término, resulta necesario proceder a la delimitación del ámbito de acción de cada una de esas previsiones; cuestión que se abordará seguidamente a la luz de la doctrina del CEDS establecida al respecto. En segundo término, cabe advertir que la Carta contiene un planteamiento de tutela antidiscriminatoria que trasciende la previsión del art. 1.2 (más allá de lo laboral) y que otorga a la discriminación por razón de sexo un papel central. Prueba de ello es el hecho de que el Comité haya extendido al resto de causas de discriminación las mismas exigencias que las establecidas, primera y especialmente, en materia de prohibición de discriminación por razón de sexo para cumplir adecuadamente con las obligaciones derivadas del art. 1.2¹⁸.

3. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA CSER

Más allá de las distintas referencias de la Carta a la no discriminación, puede avanzarse que –como no podría ser de otra forma en un convenio de protección de derechos

J. Y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2009, pp. 733-740.

18. Así, en la Observación interpretativa sobre el art. 1.2 (Conclusiones XVI-1, 2002) el Comité sostiene que, en su labor respecto del art. 1.2, “la mayoría de los requisitos para el cumplimiento del artículo 1.2 en lo que respecta a la prohibición de la discriminación por razón de sexo se aplican a cualquier motivo de discriminación”. A la vista de ello, se llevará a cabo en las próximas páginas un análisis limitado a la labor del Comité en relación con la prohibición de discriminación del art. 1.2 en sus distintas vertientes. El estudio de la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo que se deriva de la CSER (arts. 4.3, 20 y E) merece en sí mismo un tratamiento aparte que han acometido con particular precisión en un trabajo de próxima aparición LUKAS, K. & O’CINNEIDE, C., “Gender Equality within the Framework of the European Social Charter”, en COOK et al. (eds.), *Gender Equality - Engaging across Borders* (en prensa). Una visión breve del enfoque de la Carta en materia de igualdad de género en LUKAS, K., *Taking Stock of the European Social Charter at 60. The European Social Charter and Equality*, accesible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/the-european-social-charter-and-equality> (20/03/2022).

sociales— la Carta maneja una concepción avanzada de la prohibición de discriminación que atiende tanto a la igualdad de trato como a la igualdad material o de oportunidades y que, en consecuencia, no sólo rechaza las diferencias de trato basadas en determinadas causas reprobables sino que legitima, o incluso impone, tratos diferenciados correctivos de desventajas o desigualdades fácticas. Así se deriva, entre otros factores, del hecho de que se defina la discriminación sin referencia inicial a concretas causas o criterios de diferenciación rechazables como: “la diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un objetivo legítimo y no se basa en motivos objetivos y razonables¹⁹”.

Igualmente, la formulación de otros derechos de la Carta evidencia, de forma quizá más clara que en el caso de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, la integración del principio de igualdad y la prohibición de discriminación, así como su articulación al servicio tanto de la igualdad de trato como de la igualdad de oportunidades. Así ocurre con el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (art. 20 CSER), con el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27 CSER) o con las múltiples llamadas a la adopción por los Estados de medidas “adecuadas”, “particulares”, “necesarias”, “oportunas”... orientadas a asegurar el ejercicio efectivo del derecho correspondiente a trabajadores o colectivos concretos de personas en particular situación de desventaja (v.gr. arts. 8, 10.4, 15, 16, 17, 19, 23 CSER, entre otros).

En línea con lo anterior, el CEDS ha asumido la doctrina de la discriminación por indiferenciación²⁰ al hacer suyo el criterio sentado por el TEDH en el caso *Thlimmenos*²¹. En su virtud, el principio de igualdad implica “tratar de forma igual

19. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 25.

20. Debe precisarse que el Comité ha asumido dicha doctrina – con cita expresa del TEDH – al amparo del art. E CSER por su gran similitud con la redacción del art. 14 CEDH, y en relación con una reclamación colectiva en que se alegaba la violación de los derechos a la educación y a la formación de personas, tanto adultas como menores, con autismo (*International Association Autism-Europe c. France*, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52). Esta doctrina ha sido reiterada por el Comité en otra serie de reclamaciones colectivas en que se ha planteado el incumplimiento por los Estados de su obligación de adoptar medidas específicas y diferenciadas en atención a la situación de desventaja fáctica de determinados colectivos en relación con el disfrute efectivo de otros derechos de la Carta (v.gr. vivienda, educación, salud o protección social) en conexión con el art. E CSER. No obstante, el Consejo de Europa refiere tales resoluciones del Comité entre la doctrina relevante sobre la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2. Así ocurre en COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, art. 1.2, 2018, pág. 58, y en su apéndice *Relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, pp. 59-60.

21. Sentencia TEDH, caso *Thlimmenos c. Grecia*, 6 abril 2000. Sobre el impacto de esta sentencia y su contribución al desarrollo y entendimiento avanzado de la prohibición de discriminación contenida en el art. 14 CEDH en orden a justificar la adopción de medidas de acción positiva, véase CARMONA CUENCA, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos...”, op. cit., pp. 751-756.

las situaciones iguales y de forma diferenciada las diversas²²; lo que supone la posibilidad de exigir a los Estados la obligación positiva de tratar de forma diferenciada (más favorablemente) a personas pertenecientes a colectivos en situación diferente de significativa desventaja social. Asimismo, y en directa relación con la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, el Comité, al evaluar en el sistema de informes las medidas nacionales dirigidas a hacer efectiva la prohibición de discriminación en el empleo, contempla también las adoptadas para promover la igualdad de oportunidades²³ (medidas de acción positiva, entre otras), así como la creación –más allá de las instancias judiciales y administrativas– de órganos especiales e independientes para promover la igualdad en el empleo²⁴.

No obstante lo anterior, y como se expondrá a continuación, en el marco de las reclamaciones colectivas el Comité ha analizado desde la perspectiva del art. 1.2, fundamentalmente, casos de discriminación basados en las causas tradicionalmente sospechosas y rechazables por no ofrecer una justificación objetiva y razonable, tales como la edad y los motivos de conciencia, y no –por ahora– casos de falta de adopción de medidas de acción positiva (discriminación por indiferenciación). A ello se suma otra serie de reclamaciones que plantean la posible falta de justificación de tratos diferenciados entre categorías de trabajadores comparables en relación con diversas condiciones y situaciones laborales²⁵. De acuerdo con ello, podría concluirse que, a pesar del avanzado planteamiento que en materia de igualdad subyace al conjunto de la Carta, la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 se viene articulando en el procedimiento de reclamaciones colectivas conforme a una concepción clásica o limitada de la misma.

22. International Association Autism-Europe c. France, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52.

23. Así lo hace, particularmente, en relación con el sexo y la situación de hombres y mujeres en el empleo. A título ilustrativo, véase el análisis específico que se hace de las medidas para promover la igualdad de oportunidades en las Conclusiones XVI-1; así como la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y del art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 septiembre 1997 (Conclusiones XII-5).

24. Sobre este particular, véanse las Conclusiones XXII-1 y 2020, art. 1.2.

25. Entre este último grupo de casos destacan sobremanera los conflictos relativos a las diferencias de trato existentes entre los trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo, y entre los trabajadores temporales e indefinidos. No obstante, debe advertirse que, en ocasiones, las condiciones de precariedad que rodean el empleo a tiempo parcial y/o temporal constituyen un contexto complejo que va más allá de la constatación de discriminación en una determinada condición de empleo. Por tal motivo, las consecuencias del trabajo a tiempo parcial y temporal serán susceptibles de ser analizadas no sólo desde la perspectiva de la prohibición de discriminación, sino también desde la óptica de la tercera faceta del art. 1.2. Así ocurre, particularmente, con las Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020.

4. CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN

Como ya se ha indicado, la prohibición de discriminación en el empleo que deriva del art. 1.2 se caracteriza por su carácter genérico, ya que no se define por referencia a una serie de concretas causas de discriminación tasadas, sino –de manera más abierta– por la falta de legitimidad del trato diferenciado a sujetos o colectivos en situaciones comparables, o la ausencia de motivos objetivos y razonables para tal diferenciación, cualesquiera sean éstos. Ahora bien, entre los motivos carentes de objetividad y razonabilidad, el Comité considera las causas o criterios que, por comprometer aspectos vinculados a la dignidad y condición humanas, suelen rechazarse por discriminatorios como regla general.

En tal sentido, puede constituir una referencia indicativa –pero no única– de tales criterios o causas para la prohibición de discriminación derivada del art. 1.2, los contemplados en la cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER. Éste recoge un listado abierto²⁶ que alcanza a “la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra situación”. Asimismo, otros preceptos de la Carta sugieren la consideración de otros argumentos discriminatorios con particular incidencia en el ámbito del empleo que, sin embargo, no aparecen entre los expresados en el art. E. Así ocurre, por ejemplo, con la discapacidad (*ex* art. 15.2), la nacionalidad (*ex* arts. 18 y 19) o la edad.

Ya en directa relación con el art. 1.2, el Comité ha afirmado que éste requiere de los Estados “prohibir toda discriminación en el empleo, *inter alia*, por razón de sexo, raza, origen étnico, religión, discapacidad, edad, orientación sexual y opinión política²⁷”. Sin perjuicio del carácter no exhaustivo²⁸ del listado anterior, se ha apuntado en alguna ocasión la conveniencia de brindar una protección más intensa en relación con ciertas causas de discriminación como “el género o la pertenencia a una raza o grupo étnico²⁹”. En línea con ello, es manifiesto que algunas de tales causas concretas de discriminación identifican a determinados sujetos o colectivos que presentan circunstancias de desventaja social en muy diversos ámbitos, incluido el empleo. En la medida en que la CSER contempla previsiones particulares

26. Sobre la evolución de las causas de discriminación en la normativa europea e internacional, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98, 2009, pp. 11-57.

27. Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párr. 133. Idéntico listado, se recoge en Conclusiones 2020 y XII-1, así como en las Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2, aunque sin referir el sexo en este último caso. En todos los casos, se trata de listados abiertos e, incluso, de mínimos ya que el Comité indica en esta última referencia que las legislaciones nacionales deberían prohibir la discriminación en el empleo “al menos” por tales motivos.

28. Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 217.

29. Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2.

y más precisas para ellos (v.gr. arts. 20, 8.2, 15.2, 23, 27), el Comité –siempre que el Estado afectado haya aceptado tales previsiones específicas– tiende a examinar bajo la perspectiva de estas últimas los casos de discriminación en el empleo de mujeres, personas con discapacidad o trabajadores con responsabilidades familiares³⁰.

4.1. Discriminación por razón de sexo y discapacidad: remisión a previsiones específicas

De acuerdo con ello, el caso más significativo de delimitación de la prohibición de discriminación del art. 1.2 es el que afecta a la discriminación por razón de sexo. Desde la aprobación de la CSER³¹, y a la luz de su art. 20 (derecho de hombres y mujeres a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo), los casos de discriminación en el empleo por razón de sexo se analizan bajo esta última *lex specialis*³² respecto al art. 1.2 CSER. Incluso con anterioridad a ese momento, el sistema de informes ya dejaba constancia de la importancia central del sexo como factor de discriminación en el empleo y de su tratamiento separado al analizar, de un lado, la situación respecto a este tipo de discriminación y, de otro, las discriminaciones “por motivos distintos al sexo” dentro del informe de cada Estado sobre el art. 1.2³³. Además del sexo, también la discriminación por discapacidad se examina al margen del art. 1.2 CSER en el caso de los Estados que han suscrito el art. 15.2 CSER, que trata específicamente el acceso al empleo de las personas con discapacidad³⁴.

30. COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law...*, op. cit., pp. 58-59.

31. En particular, la Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002) establece: “para los Estados que han aceptado tanto el artículo 1.2 como el artículo 20, el Comité examina bajo la perspectiva de este último el marco general para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres (igualdad de derechos, medidas específicas de protección, situación de la mujer en el empleo y planes de formación, medidas para promover la igualdad de oportunidades). En consecuencia, la discriminación basada específicamente en el sexo no se analiza bajo el artículo 1.2”.

32. Así se refiere el Comité al art. 20 en *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 41.

33. En este sentido, véanse, a título ilustrativo, los informes sobre el grado de cumplimiento de los Estados con la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 en las Conclusiones XVII-1 sobre España, Conclusiones XVI-1 sobre Alemania y Austria, Conclusiones XV y anteriores. Asimismo, en la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 de septiembre de 1997 (Conclusiones XII-5), el Comité ya limitaba el art. 1.2 CSE a la “discriminación en el empleo por otras causas distintas al género” ante el art. 1 del Protocolo Adicional que “se refiere únicamente a la discriminación por razón de género”.

34. Compruébese, particularmente, en las Conclusiones 2020 y XXII-1, art. 1.2.

4.2. Discriminación por razón de nacionalidad

Igualmente, puede apreciarse una cierta acotación del potencial alcance de la prohibición de discriminación del art. 1.2 en el caso de la nacionalidad (y factores a menudo asociados a ésta, como la raza o el origen étnico). En efecto, debe tenerse en cuenta que, conforme a lo previsto en el Anexo de la CSER sobre su ámbito de aplicación subjetiva, los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, disfrutarán de los derechos de la Carta de acuerdo con el principio de trato no menos favorable que los nacionales (*ex* art. 19) y un principio general liberalizador (*ex* art. 18 CSER), tendente a la simplificación y eliminación de requisitos y procedimientos no requeridos a los nacionales para el desarrollo de actividades profesionales. En tales circunstancias, los concretos derechos atinentes a las distintas condiciones y situaciones laborales serán la sede oportuna desde la que analizar posibles conflictos o vulneraciones; máxime cuando el art. 19.4 (particularmente, en su letra a) establece en relación con los trabajadores migrantes un principio de trato no menos favorable que los propios nacionales en materia de condiciones de empleo.

A su vez, desde una perspectiva más amplia, la situación del empleo de personas extranjeras en los mercados de trabajo de los Estados Parte es susceptible de ser analizada desde la óptica de las obligaciones en materia de empleo del art. 1.1. Y en cuanto al empleo de personas extranjeras en situación irregular, también que puede ser objeto de atención por el Comité como supuesto de explotación laboral en determinados sectores bajo el propio art. 1.2 pero conforme a la prohibición de trabajo forzado u obligatorio.

Para completar este conjunto de referencias normativas estrechamente vinculadas con la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad en el empleo, resulta imprescindible referir la obligación de los Estados de “liberalizar, individual o colectivamente, las normas que regulan el empleo de trabajadores extranjeros” (art. 18.3 CSER). Conforme a dicha previsión, el Comité analiza la regulación de los muy diversos condicionantes a los que puede sujetarse el acceso y mantenimiento del empleo en el caso de los trabajadores extranjeros (v.gr. permisos de trabajo y residencia, títulos formativos requeridos y condiciones de acreditación, etc.). Teniendo ello en cuenta no resulta extraño que el ámbito de acción de la prohibición de discriminación del art. 1.2 por razón de nacionalidad se haya limitado a los casos más graves de restricción en el acceso al empleo de personas extranjeras, tales como las prohibiciones por razón de nacionalidad o la reserva exclusiva a los nacionales de determinados puestos de trabajo³⁵.

35. Sin que resulte un argumento justificativo concluyente de tal delimitación de espacios entre los arts. 1.2 y 18, conviene advertir que, si bien no exclusivamente, el Comité ha considerado este tipo

Así, desde el sistema de informes, el Comité –admitiendo la existencia de argumentos que justifican el control en el acceso a los mercados de trabajo nacionales– ha considerado contrarias a la prohibición de discriminación del art. 1.2 las prohibiciones amplias o generales de acceso al empleo para los nacionales de otros Estados Parte³⁶. Sentado ese principio general, la única excepción posible es aquella que se ajuste fielmente a las condiciones establecidas en el art. G para restringir³⁷, en este caso, el derecho al trabajo (art. 1). En consecuencia, “los únicos empleos de los que puede excluirse a los extranjeros son aquellos que estén estrechamente relacionados con la protección del interés público o la seguridad nacional y que conlleven el ejercicio de funciones de autoridad pública³⁸”. En virtud de ello, el Comité vigila particularmente las restricciones de acceso a la función pública para los nacionales de terceros Estados Parte de la Carta, considerando no conformes con el art. 1.2 aquellas regulaciones que configuran la reserva de puestos a los nacionales de una forma excesivamente vaga o amplia³⁹. De esta forma, el Comité maneja una concepción restringida de los argumentos que pueden justificar la exclusión de extranjeros de determinados empleos que recuerda a los también restringidos límites admitidos sobre la libre circulación de trabajadores en el marco de la UE.

de casos bajo la perspectiva de la prohibición de discriminación del art. 1.2 en el supuesto de Estados Parte que no han suscrito el art. 18 (en particular, su apartado 3), como ocurre con Albania y Lituania.

36. Véanse a este respecto las Conclusiones 2006 y 2012 sobre Albania, art. 1.2. Además del control sobre este concreto caso de regulación contraria al art. 1.2, en las Conclusiones de 2020 el Comité ha exigido a los Estados en sus futuros informes sobre la prohibición de discriminación del art. 1.2 datos precisos sobre “las medidas específicas adoptadas para contrarrestar la discriminación en el empleo de migrantes y refugiados”.

37. El art. G CSER sólo admite las restricciones o limitaciones de los derechos de la Carta que estén “establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres”.

38. Un supuesto particular en el que el Comité ha aplicado estrictamente la concurrencia de tales exigencias es el de la exclusión (sea por restricción de acceso, sea por despido) de personas concretas de la función pública debido a su anterior desempeño al servicio de regímenes políticos extinguidos. Concretamente, se trata del caso de las antiguas repúblicas soviéticas y de las personas que bajo su vigencia trabajaron en tales territorios en los distintos servicios de seguridad y orden público de la antigua URSS. A este respecto, el Comité ha establecido que, como regla general, no cabe excluir del acceso al empleo público a esas personas por sus actividades políticas anteriores, salvo –en línea con las estrictas exigencias del art. G– para el caso de aquellos “servicios que supongan responsabilidades en el ámbito del derecho y el orden y la seguridad nacional, o funciones relacionadas con tales responsabilidades”; en cuyo caso, la exclusión sí resulta compatible con la Carta. Véanse las Conclusiones 2006 sobre Lituania, art. 1.2.

39. A título ilustrativo, véase el seguimiento de esta cuestión en el caso de España desde las Conclusiones XVIII-1 (2006) a las últimas Conclusiones XXII-1 (2021), art. 1.2.

4.3. Discriminación por motivos de conciencia

En relación con otras causas concretas de discriminación consideradas bajo el art. 1.2, merecen destacarse los casos que, hasta el momento, han merecido la atención del Comité en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas. Estos han versado sobre los motivos de conciencia y la edad. Por lo que respecta a los motivos de conciencia, el Comité los consideró dentro del ámbito de motivos de discriminación prohibidos por el art. 1.2 en el marco de una reclamación colectiva que cuestionaba desde distintas perspectivas las deficiencias de aplicación práctica de la normativa italiana sobre la interrupción voluntaria del embarazo⁴⁰. La vertiente laboral de la reclamación versaba sobre las desventajosas condiciones laborales padecidas por los médicos no objetores frente a los que sí se declaraban objetores de conciencia respecto a la práctica del aborto.

El escaso número de no objetores y su desigual distribución territorial, entre otros factores expuestos por la organización reclamante, redundaba en unas peores condiciones de carga de trabajo (dedicación prácticamente exclusiva a la práctica de abortos), distribución de tareas y pérdida de oportunidades de desarrollo profesional, incluida la promoción, que contrastaba con la situación de los mismos especialistas objetores de conciencia. Tras considerar a ambos colectivos médicos como situaciones comparables, al compartir las mismas cualificaciones y especialidad, el Comité estimó los datos y testimonios aportados sobre las peores condiciones laborales de los no objetores, suficientemente indicativos de la existencia de una discriminación. La pasividad del Gobierno italiano en la presentación de evidencias en contrario, junto a la ausencia de una causa objetiva y razonable para la diferencia de trato (la práctica o no de abortos es una opción prevista por la ley disponible para los mismos especialistas), llevaron al Comité a considerar la diferencia de trato advertida contraria al art. 1.2 CSER por motivos de conciencia⁴¹.

4.4. Discriminación por razón de edad

Por su parte, la edad como causa de discriminación, en particular, en relación con el colectivo de los trabajadores jóvenes, fue objeto de análisis por el Comité con motivo de algunas reclamaciones planteadas contra las reformas ampliamente flexibilizadas del mercado laboral griego como consecuencia de la crisis económica desencadenada en 2008⁴². De las diversas medidas adoptadas, la única que comprometía

40. Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 240.

41. *Ibidem*, párrs. 241-246.

42. Aunque la violación del art. 1.2 se establece en Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, párrs. 130-138; el análisis de fondo de la medida relativa al salario de los jóvenes deriva de la anterior Reclamación Colectiva GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia,

la prohibición de discriminación del art. 1.2 era la reducción del salario mínimo de manera generalizada para los trabajadores menores de 25 años frente al resto de trabajadores. El interés de esta cuestión reside en tener por objeto una medida diferenciadora teóricamente concebida para promover o facilitar la incorporación al empleo de un colectivo con particulares dificultades para ello y especialmente castigado por el desempleo en tiempos de crisis económicas. Desde esa perspectiva, el Comité consideró que, si bien la diferenciación salarial puede obedecer a una finalidad legítima y a una justificación objetiva en relación con la integración laboral de los jóvenes⁴³, la medida concreta no superaba el test de proporcionalidad estricto por el alcance de la medida a todos los menores de 25 años sin distinción y por el importe de la reducción del salario mínimo⁴⁴.

Asimismo, la edad como referencia para la regulación de la jubilación de determinados colectivos de trabajadores ha sido analizada por el Comité con motivo de una reclamación que cuestionaba la normativa noruega sobre los trabajadores del mar⁴⁵. Esta normativa establecía la facultad empresarial de resolver –sin indemnización u otra garantía frente al despido⁴⁶– los contratos de trabajo de aquellos trabajadores del mar que, cumplidos los 62 años, hubieran generado derecho a la pensión de jubilación. A pesar de no consistir formalmente en un supuesto de jubilación forzosa, pues por encima de esa edad los trabajadores podrían, formalmente, seguir trabajando en otro empleo o sector, el Comité consideró, sin embargo, que la interacción de la referida normativa con la regulación de las pensiones de los trabajadores del mar determinaba una práctica aplicativa materialmente coincidente con la previsión de

RC 66/2011, 23 mayo 2012, que enjuició el caso sólo desde la óptica del art. 4.1. Un análisis de la jurisprudencia del CEDS dictada en relación con las políticas de austeridad adoptadas en diversos países europeos con motivo de la crisis de 2008, con particular protagonismo de Grecia y España, puede consultarse en ALFONSO MELLADO, C.L., JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, 2014.

43. A este respecto, el Comité afirma que “desde un punto de vista general, es permisible pagar un salario mínimo más bajo a los jóvenes en determinadas circunstancias (v.gr. cuando participan de un programa de prácticas o se integran en algún tipo de formación profesional)” y que tal reducción “puede mejorar el acceso de los jóvenes trabajadores al mercado de trabajo, así como estar justificado en la medida en que ello refleja una tendencia estadística en cuya virtud los jóvenes incurren, de media, en menores gastos que otras categorías de trabajadores en aspectos como la vivienda, el sustento de la familia y otros costes de vida”. Sin embargo, concluye, “ninguna reducción del salario mínimo debe caer por debajo del nivel de pobreza del concreto Estado afectado”. Reclamación Colectiva GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012, párr. 60.

44. La cuestión de la cuantía del salario mínimo, que determina igualmente la desproporción del trato diferenciado, se analiza bajo la perspectiva del art. 4.1 (remuneración suficiente). *Ibidem*, párrs. 57-65.

45. Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013.

46. Por tal motivo, el Comité analiza el caso desde la perspectiva tanto del art. 24 como del art. 1.2 de la Carta. *Ibidem*, párrs. 48-50 y 82-85.

la jubilación forzosa de tales trabajadores⁴⁷. De esta forma, el Comité hubo de pronunciarse sobre una cuestión controvertida y carente de una regulación estándar o armonizada entre los Estados miembros, como consecuencia del reconocimiento de un cierto margen de apreciación estatal en la determinación de diferentes condiciones de jubilación para diversos colectivos de trabajadores⁴⁸.

Tras evidenciar que la regulación controvertida suponía, efectivamente, una diferencia de trato para los trabajadores del mar de más de 62 años que desearan seguir trabajando, frente a otras categorías de trabajadores en situación comparable⁴⁹ (particularmente, los pilotos y los trabajadores de refinerías), el Comité analizó la justificación y la proporcionalidad de la diversa regulación aplicable, por motivos de edad, a los trabajadores del mar; considerando para ello un amplio contexto normativo internacional favorable al mantenimiento de las personas mayores en el empleo y el envejecimiento activo. Desde esa perspectiva, el Comité considera, en principio, que la regulación diferenciada de la jubilación de trabajadores del mar puede obedecer a finalidades legítimas como la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores de este sector, el cumplimiento de las exigencias operativas de la industria naviera o aspectos de política de empleo (como la entrada de mano de obra joven en el sector del trabajo en el mar). Sin embargo, se aplica con rigor el juicio de necesidad de las medidas consistentes en una limitación por edad para el logro de tales fines⁵⁰.

Así, y en relación a las concretas circunstancias del caso, el Comité consideró que la limitación de edad a los 62 años no era necesaria para proteger la seguridad y salud de los trabajadores del mar ante la existencia de una particular normativa de prevención y control de la salud de los mismos orientada a vigilar, con controles

47. *Ibidem*, párrs. 96-87 y 111-113.

48. A este respecto, y tras afirmar que “la limitación de edad establecida por una normativa nacional para una determinada categoría de trabajadores en relación con las garantías frente al despido constituye discriminación en caso de que dicho límite de edad no esté suficientemente justificado”, el Comité reconoce que los Estados “gozan de un cierto margen de apreciación en la determinación de si (y hasta qué punto) las diferencias entre dos situaciones similares justifican un trato legal diverso”, si bien, corresponderá al Comité en última instancia “decidir si la diferencia se encuentra dentro de ese margen”. *Ibidem*, párr. 114.

49. Para determinar el término de comparación en este caso, el Comité rechazó considerar la situación de otros trabajadores del mar sujetos a las regulaciones de otros Estados Parte de la Carta distintos a Noruega, así como la referencia a una inexistente normativa o estándar internacional en materia de jubilación en relación con el trabajo en el mar. Ciñéndose, entonces, a la situación en Noruega, la edad general de jubilación a los 70 años y las excepciones previstas, a los 65 años, para los pilotos y los trabajadores de refinerías, fueron los referentes clave valorados por el Comité para considerar a estas últimas categorías como comparables con la situación de los trabajadores del mar. *Ibidem*, párrs. 108-110.

50. El Comité se vale de la misma argumentación sostenida para concluir la disconformidad de la normativa noruega con el art. 24, para justificar también su carácter discriminatorio contrario al art. 1.2. Véase *Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega*, RC 74/2011, 2 julio 2013, párrs. 90-97 y 116-117.

médicos periódicos y adecuados, su idoneidad para el trabajo en el mar, especialmente, a partir de los 50 años. En consonancia con ello, el Comité no consideró suficientemente justificado que el mantenimiento de trabajadores mayores de 62 en el sector del mar pusiera en riesgo las exigencias operativas de la industria naviera en Noruega. Y finalmente, tampoco se acreditó fehacientemente el supuesto impacto positivo de la medida diferenciadora en los datos de empleo joven en el sector del mar. De acuerdo con todo ello, el Comité consideró que la diferente regulación de la jubilación de los trabajadores del mar por razón de edad carecía de una justificación suficiente y que los efectos que ésta producía sobre los trabajadores mayores de 62 años afectados resultaban desproporcionados; considerándose así discriminatoria y contraria al art. 1.2 de la Carta.

4.5. Discriminación por falta de justificación de las diferencias entre categorías de trabajadores comparables

Por su parte, y más allá de la concurrencia de una específica causa de diferenciación reprochable, el Comité, en tres casos relativos a Francia, ha apreciado discriminación en el trato diferenciado dispensado a distintas categorías de trabajadores comparables en relación con alguna condición o situación laboral concreta, por no responder a una finalidad legítima o carecer de motivación objetiva y razonable. Así, en la primera reclamación colectiva en que se aprecia la vulneración de la prohibición de discriminación en el empleo⁵¹ del art. 1.2, el Comité hubo de analizar las diferentes condiciones de desempeño de la (sustancialmente igual) labor de guía turístico por parte de dos categorías de trabajadores con cualificación profesional para ello: los guías particularmente autorizados para dirigir las visitas guiadas a determinados museos y centros concretos, de un lado, y los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal, de otro. El sindicato reclamante denunciaba el disfrute, por parte del primer colectivo, de unas ventajas injustificables y, por tanto, discriminatorias.

Por lo que respecta a la libertad para llevar a cabo visitas guiadas, quedó acreditada la exclusión material, y no justificada, de los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal de la realización de visitas a determinados centros públicos, cuyo acceso quedaba confiado prácticamente en exclusiva a los concretos guías locales autorizados por éstos⁵². Igualmente, se consideraron injustificadas las restricciones de acceso a determinados espacios de museos y monumentos nacionales a los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal por unos motivos de seguridad que, a pesar de considerarse legítimos a priori, el gobierno francés no llegó a argumentar y acreditar suficientemente⁵³. En segunda instancia, y en relación con las concretas

51. Syndicat national des Professions du tourisme c. France, RC 6/1999, 10 octubre 2000.

52. *Ibidem*, párrs. 31-34.

53. *Ibidem*, párrs. 35-42.

condiciones en que se desarrollaba la labor de unos guías turísticos y otros, el Comité consideró igualmente discriminatoria la exigencia del pago de una tasa de reserva previa o de un cargo por la posibilidad de realizar visitas guiadas aplicables exclusivamente a los guías no expresamente autorizados por el Museo del Louvre y otros centros y monumentos nacionales. Al igual que ya había concluido la jurisdicción nacional, el Comité entendió que no existía motivo de interés público ni razón objetiva o razonable que justificara el mantenimiento del pago de dicho precio únicamente a los grupos cuya visita no estuviera organizada directamente por el propio Museo⁵⁴.

En un caso posterior, el Comité analizó las diferencias advertidas por un sindicato nacional en la normativa laboral francesa antidiscriminatoria⁵⁵ establecida, de un lado, en el código (general) del trabajo frente a la regulación particular de algunas relaciones laborales especiales (cuidadores, porteros, trabajadores en el sector doméstico) y, de otro, en la regulación antidiscriminatoria aplicable a los funcionarios y empleados públicos de distintas categorías y servicios. Por lo que respecta al primer reproche, el Comité, tras recordar que la regulación general sobre discriminación del código laboral francés es conforme a la Carta⁵⁶, constató que ésta no excluye su aplicación a relaciones laborales sujetas a regulación *ad hoc* (como las indicadas) y que, de hecho, la práctica jurisdiccional nacional así lo corroboraba. A la vista de ello, el Comité consideró que no resulta exigible que el Estado afectado reitere, aclare o precise la prohibición general de discriminación en la normativa reguladora de relaciones laborales especiales⁵⁷.

Por lo que respecta al segundo ámbito de reproches, el Comité concluyó, en primer lugar, que si bien la —dispersa y parcial— regulación aplicable a los funcionarios interinos y a los de determinados servicios (como la agencia nacional de empleo) no resultaba satisfactoria con la prohibición de discriminación del art. 1.2 de la Carta si se la consideraba de forma separada; su lectura en conjunto y complementaria sí ofrecía, sin embargo, una regulación adecuada⁵⁸, de donde podría deducirse que el art. 1.2 no impone exigencias de calidad técnica a la normativa antidiscriminatoria de los Estados. En segundo lugar, y en relación con la inversión o aligeramiento de la carga de la prueba en la normativa antidiscriminatoria aplicable a los empleados públicos franceses, el Comité constató su previsión normativa limitada a sólo algunas causas de discriminación, así como su inaplicación en el desarrollo de procedimientos contencioso-administrativos. Ante tales evidencias y deficiencias formales y ma-

54. *Ibidem*, párrs. 43-47.

55. SUD Travail Affaires Sociales c. Francia, RC 24/2004, 8 noviembre 2005.

56. Como el propio Comité se encarga de recordar (*ibidem*, párr. 23), la adecuación a la CSE de la tutela antidiscriminatoria prevista en el Código del Trabajo francés fue analizada previamente en el sistema de informes: Conclusiones 2002 (pp. 22-28) y 2004 (pp. 209-213).

57. *Ibidem*, párrs. 24-25.

58. *Ibidem*, párrs. 27-32.

teriales, el Comité concluyó que la inversión o aligeramiento de la carga probatoria no se garantizaba de manera suficiente y efectiva a los empleados públicos franceses; incurriéndose así, en este aspecto, en una violación del art. 1.2 CSER⁵⁹.

En tercer y último lugar, el Comité se enfrentó a un complejo caso de discriminación en materia de promoción profesional que afectaba a dos colectivos de trabajadores procedentes del proceso de reestructuración de los antiguos servicios públicos franceses de telefonía y correos⁶⁰. El personal funcionario original fue inicialmente transferido o recolocado en los nuevos operadores creados al efecto con garantía de conservación de sus condiciones estatutarias. Culminada esa primera operación, se acometió un proceso de reorganización interna de la plantilla de los nuevos operadores en cuya virtud una parte importante del personal recolocado aceptó ser, además, reclasificado funcionalmente, mientras que otra parte de los antiguos funcionarios rechazaron participar en dicho proceso en la confianza de que sus derechos originarios seguirían garantizados⁶¹. Consolidada esa situación, el sindicato reclamante denuncia —entre otras cuestiones— que tanto la normativa como la práctica de los nuevos operadores restringe de manera injustificada las opciones de promoción profesional del colectivo de los meramente recolocados frente a las opciones disponibles de los recolocados y reclasificados. En efecto, las posibilidades de promoción interna de los primeros resultaban prácticamente nulas a la luz tanto de la normativa reguladora de la reestructuración de los servicios, como de la práctica de los procesos selectivos y de promoción llevados a cabo por los nuevos operadores. Éstos, limitaban las plazas disponibles para el ascenso o promoción de los recolocados a las escasas plazas que quedaran libres tras la conclusión y ocupación efectiva de puestos subsiguientes a la celebración de procesos externos de contratación, mientras que los “reclasificados” sí tenían opciones reales de promoción interna antes o durante tales procesos.

El Comité, tras considerar a ambos colectivos en situación comparable, al proceder ambos del mismo proceso de reestructuración y transferencia de empleados públicos, señala que no se ha identificado ninguna razón objetiva y razonable que pudiera justificar la diferencia de trato en lo relativo a las opciones de promoción profesional de los antiguos funcionarios una vez recolocados en los nuevos operadores⁶². De esta forma, confirma el carácter discriminatorio de dicho tratamiento. A pesar de ello, no declarará la violación del art. 1.2 al haberse producido por parte de las autoridades francesas una acción rectificadora de la situación del colectivo afectado tanto a nivel judicial como legislativo⁶³.

59. *Ibidem*, párrs. 33-35.

60. *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012.

61. La propia decisión del Comité recoge un detallado resumen del proceso de reestructuración y su incidencia en los diversos colectivos de trabajadores. *Ibidem*, párrs. 8, 10-11.

62. *Ibidem*, párrs. 49-55.

63. *Ibidem*, párrs. 56-57, 61-62.

4.5.1. *Discriminación y temporalidad: sector público vs. sector privado*

La precariedad asociada a la temporalidad excesiva ha sido objeto de análisis por parte del Comité desde el sistema de reclamaciones colectivas; particularmente, al hilo de dos reclamaciones dirigidas contra Italia por la situación de temporalidad excesiva advertida en el conjunto del sector público italiano y, más concretamente, en el sector público educativo⁶⁴. La relevancia de tales reclamaciones estriba, en primer lugar, en que afrontan un problema – el de la temporalidad del empleo público – compartido por varios Estados Parte; en segundo lugar, en que dicho problema, en el caso de los Estados Miembros de la UE, ya viene recibiendo una determinada respuesta desde el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE, lo que genera un espacio para determinar el grado de confluencia o discrepancia de los estándares de protección del DUE y la CSER en esta concreta materia⁶⁵; y en tercer lugar, en que el Comité, con motivo de la resolución de tales reclamaciones, procede a definir un marco o sistema de lucha contra la temporalidad y sus excesos a partir del art. 1.2 CSER sobre el que no hay precedentes en su doctrina.

Si bien la denuncia de los sindicatos reclamantes contra la normativa y la práctica judicial y gubernamental italiana planteaba la vulneración de un amplio elenco de preceptos de la CSER, el Comité recondujo y limitó su análisis al art. 1.2. Así lo consideró al advertir la falta de precisión de los argumentos relativos al resto de artículos alegados y, sobre todo, al entender que las reclamaciones realizaban un cuestionamiento general sobre el empleo temporal en el sector público italiano y su evolución normativa, del que se deducía un contexto de precariedad en el empleo de los trabajadores temporales cuyo análisis correspondía enfocar desde la perspectiva del art. 1.2⁶⁶. De manera más precisa, el Comité delimitará el caso distinguiendo dos posibles vulneraciones distintas⁶⁷ del art. 1.2. De ellas, sólo interesa aquí la relativa a la prohibición de discriminación en el empleo⁶⁸.

64. Se trata de las Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020. Ambas reclamaciones denuncian la misma situación sobre la base de argumentos similares. La principal diferencia entre ambas estriba en los colectivos respecto de los que se denuncia el abuso de la temporalidad: mientras la RC 144/2017 considera tanto al conjunto del sector público general, como al particular sector público educativo frente a los trabajadores temporales del sector privado, la RC 146/2017 se limita al contraste de los trabajadores temporales del sector público educativo frente a los temporales del sector privado. La resolución del Comité sigue la misma argumentación en ambos casos; si bien, a efectos expositivos, se tomará la RC 144/2017 como referencia.

65. Sin perjuicio del interés que pueda revestir esta perspectiva de análisis, en la resolución de ambas reclamaciones, el Comité se encarga de marcar distancia entre la CSER y el DUE como dos sistemas diferentes que no tienen por qué ser coincidentes (véase RC 144/2017, párrs. 49-51).

66. Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, párrs. 55-57.

67. *Ibidem*, párrs. 95-98.

68. La otra vulneración que analiza el Comité en estos casos contra Italia, atañe a la denominada tercera faceta del derecho a un trabajo libremente elegido (art. 1.2. CSER). En particular, analiza como

Desde esa perspectiva, el Comité analizará la situación de los empleados temporales del sector público general, y de determinado colectivo del sector público educativo (colectivo ERE), en particular, frente a los trabajadores temporales del sector privado⁶⁹. La diferencia de trato cuestionada afectaría a las condiciones de acceso a contratos indefinidos y las garantías en caso de abuso de la contratación temporal entre ambos sectores. Mientras en el sector privado el límite máximo de tiempo de contratación temporal (o de encadenamiento de tales contratos) se establece en los 24 meses, y se arbitra un mecanismo de conversión automática en indefinidos en caso de superación; en el sector público dicho límite se fija en los 36 meses y no se prevé la automática conversión en indefinidos de los contratos de los empleados públicos temporales.

Dicho planteamiento ofrece al Comité la ocasión de establecer las diferencias entre sector privado y público en lo que respecta a la contratación temporal, lucha contra su abuso y el acceso a la contratación indefinida. En tal sentido, el Comité establece que del art. 1.2 de la Carta no se deriva la aplicación para el sector privado y el público del mismo criterio de acceso a la contratación indefinida desde el empleo temporal. En consecuencia, no habría obligación de responder con el mecanismo de la conversión automática en indefinidos a situaciones de encadenamiento excesivo de contratos temporales también en el sector público. Esta diferencia en la regulación del empleo temporal privado y público, encontraría justificación objetiva y razonable, a juicio del Comité⁷⁰, en los principios constitucionales de acceso a la

una posible interferencia u obstáculo al derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido un conjunto de factores y previsiones normativas aplicables a los contratos temporales de un concreto colectivo de empleados del sector público educativo (colectivo no-ERE); cuya peor situación contrasta con las condiciones de empleo, garantías frente al abuso de la temporalidad y opciones de consolidación de otro colectivo de profesorado, también temporal (colectivo ERE), de la misma Administración educativa italiana. La consideración conjunta de una serie de factores como determinante de un contexto de precariedad, que va más allá de la concreta diferencia regulatoria de cada uno de ellos, confirmaría así la inclusión del más amplio fenómeno de la precariedad laboral en el ámbito objetivo de la tercera faceta del art. 1.2 de la Carta. La argumentación del Comité en relación con esta segunda vulneración del art. 1.2 se encuentra *ibidem*, párrs. 108-117.

69. La identificación de los colectivos afectados y de la respectiva regulación aplicable es un factor esencial en la delimitación de las RRCC 144/2017 (párrs. 44-48 y 97-98) y 146/2017, a la par que una cuestión de cierta complejidad, sobre todo, en lo que respecta a los empleados públicos temporales del sector educativo italiano. A ese respecto, el Comité identifica – al margen de los trabajadores temporales del sector público general y del sector privado – dos colectivos de profesorado temporal: empleados temporales del sector público educativo inscritos en “listas ERE” (bolsas de empleo creadas a partir de la presentación de determinados méritos y realización de procesos formativos) y empleados temporales del sector público educativo no inscritos en “listas ERE” (pertenecientes a otras bolsas generadas a partir de su participación en procesos selectivos por concurso-oposición). Además de la diferencia en el modo de acceso o reclutamiento, la diferencia más relevante entre los colectivos de profesorado temporal ERE y no-ERE afecta a las garantías frente al abuso de la temporalidad y las opciones de consolidación y promoción profesional.

70. Véase RC 144/217, párr. 101.

función pública (sólo a través de procesos competitivos objetivos y transparentes), además de perseguir una finalidad legítima (asegurar la imparcialidad de la Administración Pública).

Sentada esta relevante diferencia de principio entre el modelo de lucha contra la temporalidad excesiva en el sector privado frente al sector público, el Comité matiza que dicha diferencia de trato resulta proporcionada sólo si se compensa o equilibra la ausencia del mecanismo de la conversión automática en indefinidos con un marco de medidas efectivas de lucha contra el abuso de la contratación temporal⁷¹. En el particular caso del empleo público, tales medidas habrían de ser de dos tipos. De un lado, medidas preventivas del abuso de la contratación temporal tales como el establecimiento de restricciones por la vía de sujetar su uso a causas de necesidad excepcionales y temporales, o por la vía de fijar un límite temporal a la sucesión o renovación de contratos temporales (los 36 meses del sector público frente a los 24 previstos para el sector privado se considerarían una diferencia admisible). De otro lado, deben establecerse medios de reacción y garantías cuando la temporalidad excesiva se haya materializado; en particular, la previsión del derecho a indemnización para el contratado temporal cuyo puesto no haya podido consolidarse (mediante los oportunos procesos selectivos) pasados los plazos máximos de temporalidad, y el reconocimiento de cierta flexibilización de la carga de la prueba del daño sufrido por el trabajador afectado por la prolongación excesiva de la contratación temporal, entre otros posibles medios de garantía.

Verificada la previsión de tales medidas preventivas y reparadoras frente al abuso de la contratación temporal en el sector público italiano en general (y en el profesorado ERE), el Comité consideró que las diferencias existentes respecto al sector privado (consecuencia de la exclusión de la regla de conversión automática en indefinidos) no resultaban – en conjunto – desproporcionadas, y que en ambos contextos existía un marco suficiente de medidas eficaces contra el abuso de la temporalidad. De acuerdo con ello, rechazó la existencia de una discriminación⁷² contraria al art. 1.2 CSER.

5. DEFINICIÓN DE DISCRIMINACIÓN, TIPOS Y EXCEPCIONES

Como se indicó anteriormente, el Comité, desde el inicio de su actividad en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, ha definido la discriminación prohibida por el art. 1.2 como “la diferencia de trato entre personas en situaciones comparables que no persigue un objetivo legítimo y no se basa en motivos objetivos y

71. *Ibidem*, párrs. 102-105.

72. *Ibidem*, párrs. 106-107.

razonables⁷³”. Las discriminaciones prohibidas son tanto las directas o de trato⁷⁴ –v.gr. al dispensar un tratamiento menos favorable que a otra persona en situación análoga por una causa claramente reprochable como el sexo o la raza– como las discriminaciones indirectas.

El concepto de discriminación indirecta que deriva de la Carta ha sido construido por el Comité a partir del art. E antes que desde la perspectiva de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, si bien el propio Comité trae a colación dicha doctrina para confirmar el alcance de esta prohibición a ambos tipos de discriminaciones: directas e indirectas⁷⁵. En relación con estas últimas, el Comité subraya que, en el contexto del art. E CSER, se prohíben “todas las formas de discriminación indirecta⁷⁶”. Tales formas abarcarían no sólo la tradicional discriminación de impacto⁷⁷ –por la desventaja que una disposición o trato aparentemente neutral provoca en determinadas personas caracterizadas por una particular condición–, sino también la antes referida discriminación por indiferenciación, que impondría la obligación de dispensar un tratamiento diferenciado a determinadas personas por su singular condición personal o social de carácter distintivo frente al resto. La consideración de esta última forma de discriminación indirecta lleva a advertir una relevante falta de sintonía con la doctrina del Tribunal Constitucional español que excluye este último concepto del alcance del art. 14 CE⁷⁸.

73. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 25.

74. Sobre la precisión de conceptos relacionados con la igualdad y la prohibición de discriminación resultan muy esclarecedores los trabajos de REY MARTÍNEZ, F., “Principios de teoría y dogmática constitucional. La Constitución de los principios. Igualdad”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pág. 353; así como “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pág. 140.

75. Sin perjuicio de otras referencias, véanse las Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Austria, art. 1.2. Abundando en ello, el Comité afirma que “la discriminación puede producirse ya sea por tratar de manera diferente a personas en la misma situación o por tratar de manera idéntica a personas en diferentes situaciones” [*International Federation of Human Rights (FIDH) c. Bélgica*, RC 62/2010, 18 marzo 2013, párr. 49].

76. *Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia*, RC 58/2009, 25 junio 2010, párr. 35. En relación con la discriminación indirecta, el Comité, además, ha precisado que ésta “también puede producirse al no tener debidamente en cuenta todas las diferencias relevantes o no tomar las medidas adecuadas para garantizar que los derechos y las ventajas colectivas que se reconocen a todos sean realmente accesibles para todos” (*International Association Autism-Europe c. Francia*, RC 13/2002, 4 noviembre 2003, párr. 52). Como se ha indicado, a pesar de que esta última referencia, entre otras, ha sido afirmada por el Comité al hilo del art. E CSER en casos atinentes a otros derechos no específicamente laborales de la Carta, suele ser recogida entre la doctrina general relativa a la prohibición de discriminación del art. 1.2. Así ocurre, a modo ilustrativo, con dicho pasaje en *Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia*, RC 147/2017, 30 junio 2021, párr. 80.

77. Más detalladamente, sobre la precisión de estos conceptos, REY MARTÍNEZ, F., “Principios de teoría...”, op. cit., pág. 353; así como “Igualdad y prohibición...”, op. cit., pp. 141-142.

78. En relación con las distintas valoraciones que sugiere la cerrada posición del Tribunal Constitucional a admitir la discriminación por indiferenciación, véanse CARMONA CUENCA, E., “La

En los casos de discriminación analizados por el Comité en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas bajo la prohibición del art. 1.2, éste no suele calificar en sus decisiones el tipo de discriminación (directa o indirecta) que se analiza⁷⁹. No obstante, sí pueden advertirse casos de discriminación directa o de trato (como ocurre con la edad en la RC 74/2011, o con la ausencia de finalidad legítima y/o razón objetiva y razonable de los tratos diferenciados dispensados a los guías-intérpretes y profesores con titulación estatal respecto al resto de guías en la RC 6/1999), y casos de discriminación de impacto (indirecta) ante la desventaja padecida por determinados colectivos comparables a consecuencia de la aplicación de una normativa aparentemente neutral o no diferenciadora *prima facie* (así ocurre, por ejemplo, con los médicos no objetores a la práctica del aborto en la RC 91/2013 y, con ciertos matices, en el caso de los antiguos funcionarios franceses recolocados y no reclasificados en la RC 73/2011). Sin embargo, como ya se anunció, el Comité no ha conocido por el momento de reclamaciones colectivas que planteasen supuestos de discriminación por indiferenciación bajo el art. 1.2 de la Carta⁸⁰.

Por lo que respecta a las excepciones a la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 CSER, el Comité se refiere muy puntualmente a esta posibilidad y la restringe a sólo dos circunstancias⁸¹: exigencias ocupacionales esenciales (relacionadas con la propia naturaleza de la tarea o las circunstancias en que se ejerce) y medidas de acción positiva. Si bien ambos supuestos pueden concretarse en relación con cualquiera de las causas o criterios de discriminación referidos, factores como el sexo,

prohibición de discriminación. Nuevos...", op. cit., pp. 751-756, y REY MARTÍNEZ, F., "Principios de teoría...", op. cit., pp. 341-343.

79. Tan sólo en el primer caso de discriminación *ex art.* 1.2 analizado, la RC 6/1999, el Comité se refiere a una de las situaciones analizadas entre las distintas categorías de guías turísticos como "discriminación *de facto*" (párr. 34) para tratar lo que parece ser una discriminación directa derivada de una práctica o dinámica de funcionamiento que reservaba la realización de visitas guiadas en determinados espacios a los guías concretamente autorizados con exclusión material del resto de profesionales titulados.

80. Del análisis de la doctrina del CEDS (así como del propio TEDH) se deduce que la aplicación del concepto de discriminación por indiferenciación, del que se deriva una mayor exigencia de las obligaciones positivas de protección a asumir por los Estados, suele concretarse en relación con grupos particularmente vulnerables (v.gr. infancia, minorías étnicas, refugiados, "sin techo", etc.) y en relación con la efectividad de derechos sociales prestacionales. No obstante, el Comité no restringe la consideración de dicho concepto de discriminación a sólo unos concretos derechos en la medida en que éste deriva de la cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER. Por tanto, no es descartable su consideración, bajo determinadas circunstancias, en relación con el derecho al trabajo o condiciones laborales concretas. En tal sentido, véase JIMENA QUESADA, L., "La Jurisprudencia Europea sobre derechos sociales", en VON BOGDANDY, A; FIX-FIERRO, H; MORALES, M. Y FERRER, F. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, UNAM, México, 2011, pp. 292-293 y 295-297.

81. Véanse Conclusiones 2006 sobre Bulgaria y 2008 sobre Azerbaiyán, art. 1.2; así como Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013, párr. 106.

la edad, la discapacidad o la nacionalidad son los más proclives a tratar de fundamentar tales excepciones en el ámbito del empleo. En cualquier caso, el Comité sostiene una consideración restrictiva de la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad de las mismas desde la perspectiva del art. G CSER.

Así, la exigencia de la propia nacionalidad puede considerarse esencial pero sólo en el caso de aquellos puestos estrictamente vinculados a funciones de autoridad pública y seguridad nacional, como ya se refirió anteriormente. Igualmente, y a la luz de la RC 74/2011⁸², la edad aisladamente considerada –y como presunción de incapacidad o pérdida de habilidades– va a ser difícilmente admitida como exigencia esencial de determinadas ocupaciones de forma que se admita discriminar a personas de una concreta edad de determinados empleos (ya sea en el acceso, la promoción o el despido). Por su parte, también el sexo va a ser admitido muy limitadamente como exigencia esencial de determinadas ocupaciones ante el riesgo de que, tras tales excepciones, se sostengan fórmulas de perpetuación de división sexista del trabajo⁸³ superadas en el marco de la Carta Social Revisada⁸⁴.

Mayor interés reviste –también por ser más frecuentes– el análisis de las medidas de acción positiva adoptadas con el fin de favorecer o superar la desventaja fáctica que en relación con el empleo sufren determinados colectivos; particularmente, las mujeres, los jóvenes y las personas con discapacidad, entre otros. En el marco del sistema de informes (ya sea bajo el art. 1.2, el 15.2 o el 20 CSER, según lo aceptado por cada Estado), el Comité requiere a los Estados Parte información sobre las regulaciones nacionales orientadas a facilitar o promover la incorporación al empleo de tales colectivos y sus resultados e impactos concretos. No obstante, la medida del rigor con que el Comité analiza la conformidad de tales medidas que excepcionan la prohibición de discriminación del art. 1.2, se observa, quizá mejor, en la resolución de reclamaciones colectivas en que alguna de las medidas nacionales cuestionadas se ha intentado justificar como medida de acción positiva.

82. En particular, véanse párrs. 115-116.

83. En tal sentido, véase el seguimiento realizado por el Comité desde el sistema de informes a la regulación griega, finalmente abolida, que limitaba el acceso de mujeres al cuerpo de policía con base en prejuicios relativos a su capacidad física y psicológica para el trabajo y el uso de armas (Conclusiones XIV-1 a XVIII-1 sobre Grecia, art. 1.2).

84. Recuérdese a este respecto que la Carta de 1961 establecía en su art. 8.4.b) – denunciado por España en su instrumento de ratificación – el compromiso de los Estados de “prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre”. Sin embargo, la Carta Revisada, en su art. 8.5, matiza tal previsión restringiéndola al ámbito de la protección de la maternidad de las mujeres embarazadas, de forma que la prohibición de empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, etc. no es general, sino limitada a las “mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén amamantando a sus hijos”.

Tales han sido los casos –ya mencionados– de la reducción del salario mínimo de los jóvenes menores de 25 años en Grecia (RRCC 66/2011⁸⁵ y 111/2014), y el del material adelanto de la jubilación de los trabajadores del mar en Noruega a los 62 años (RC 74/2011) que, entre otros argumentos, se justificaba como una política de empleo orientada a promover el acceso de trabajadores jóvenes a dicho sector. Como ya se indicó, en ambos supuestos el Comité considera legítima la finalidad de las medidas diferenciadoras por razón de edad, al perseguir un objetivo reequilibrador de la peor posición de los jóvenes en relación con el empleo. Sin embargo, se muestra muy exigente en el análisis concreto de las medidas adoptadas en términos de necesidad, idoneidad, proporcionalidad e, incluso de efectividad de las mismas.

Así, en el caso griego el carácter generalizado de la reducción del salario mínimo junto con el propio alcance cuantitativo de la medida, determinaron su rechazo por desproporcionada; lo que sugiere que el diseño de medidas de acción positiva debe estar presidido por una mayor precisión y adecuación entre fines, alcance (población, colectivo y sector destinatario) y medios establecidos. Por su parte, el caso noruego –en el que, al contrario que el anterior, se cuestiona una medida concebida para un sector concreto– sugiere una cierta exigencia de efectividad para justificar el mantenimiento de medidas de acción positiva; de donde se deriva la necesidad de que los Estados evalúen periódicamente el mantenimiento de medidas diferenciadoras en vigor durante largos períodos de tiempo a partir de su impacto real⁸⁶. Así, la teórica justificación razonable que pudo avalar en su origen la adopción de una medida diferenciadora de este tipo, decae cuando se contrasta con sus resultados efectivos en el entorno actual de circunstancias del sector y el colectivo al que se refiere la pretendida medida de acción positiva.

6. EL ÁMBITO OBJETIVO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN

La configuración de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, culmina con la precisión de su alcance material u objetivo. A este respecto, el Comité señala, en primer lugar, que la obligación de eliminar todas las formas de discriminación en el empleo (*ex art. 1.2*) se impone “cualquiera que sea la naturaleza jurídica de

85. En particular, véase párr. 60.

86. Nótese que, en el caso de la RC 74/2011, la regulación de la edad de jubilación de los trabajadores del mar noruegos se remontaba a 1948 y se justificaba, entre otros motivos, por su interrelación con la regulación relativa al acceso a las pensiones de jubilación y otros beneficios sociales. De ello se esperaba un efecto beneficioso en el acceso de mano de obra joven al sector del mar que, a juicio del Comité, no se evidencia ni antes ni ahora. Esta circunstancia determina la imposibilidad de avalar la medida de diferenciación basada en la edad por su falta contrastada de necesidad e idoneidad para conseguir el fin pretendido (en particular, véanse párrs. 90, 96-97 y 116).

la relación profesional⁸⁷”; de donde se deduce su exigencia a las relaciones de trabajo asalariado bajo cualquier régimen de empleo, incluidas las formas atípicas de trabajo e, incluso, el trabajo autónomo. Asimismo, la prohibición de discriminación alcanza tanto al empleo público como al empleo privado bajo los diversos regímenes contractuales, administrativos o estatutarios en que se articule. Cuenta de ello dan tanto los informes estatales como las reclamaciones colectivas resueltas por el CEDS relativas a posibles discriminaciones sufridas por empleados públicos y privados, temporales o indefinidos, etc.

En segundo lugar, el Comité ha afirmado igualmente que la prohibición del art. 1.2 se proyecta sobre todos los actos discriminatorios que puedan ocurrir “en relación con las condiciones de contratación y trabajo en general (en particular, con respecto a la remuneración, la formación, la promoción, la transferencia y el despido u otra acción perjudicial)⁸⁸”, abarcando así todos los escenarios temporales de la vida laboral (selección y contratación, desarrollo de la prestación y finalización). A la vista de ello puede concluirse que la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo del art. 1.2 se configura por el Comité como una prohibición general y abierta por la amplitud de causas de discriminación admitidas y el extenso ámbito de acción material de situaciones laborales y condiciones de empleo sobre el que se proyecta.

Sin perjuicio del análisis general sobre la situación legal y práctica de los Estados Parte en relación con la discriminación en el empleo que se realiza en el sistema de informes, el Comité ha conocido de reclamaciones colectivas que denunciaban posibles discriminaciones en relación con la promoción y ascenso (RRCC 73/2011, 91/2013 y 147/2017) y con el fin de la relación laboral por jubilación (RC 74/2011). Mención aparte merecen las discriminaciones en materia salarial⁸⁹. Como ya se ha indicado en los casos de la reducción del salario mínimo a los jóvenes griegos, cuando el criterio de discriminación en materia salarial es distinto al sexo –la edad, en este caso– la denuncia es susceptible de ser analizada tanto desde la perspectiva

87. *Syndicat national des Professions du tourisme c. France*, RC 6/1999, 10 octubre 2000, párr. 24.

88. Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2; *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párr. 238.

89. Sobre la delimitación de las distintas previsiones que podrían acoger la tutela frente a la discriminación salarial, la Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y 1 del Protocolo Adicional (actual art. 20 CSER), de 30 septiembre de 1997 (Conclusiones XII-5), estableció que, si bien las tres previsiones coinciden en unas mismas obligaciones para los Estados Parte (proceder a la regulación legal de tales derechos, adoptar medidas para garantizar la efectividad de los mismos y establecer políticas activas y medidas para implementarlas en la práctica), debe matizarse que el alcance objetivo de tales previsiones “no es plenamente coincidente” pues mientras el art. 1.2 acoge la discriminación en el empleo por cualquier motivo, el 20 CSER (art. 1.1 Protocolo Adicional) atiende sólo a la discriminación por razón de sexo; y mientras el art. 4.3 se refiere específicamente a la discriminación por sexo en materia salarial, el 20 CSER, aun abarcando también la remuneración, atiende a otras condiciones de trabajo.

del derecho a una remuneración suficiente⁹⁰ (art. 4.1 CSER) como desde la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2 de la Carta⁹¹. Sin embargo, cuando la discriminación salarial se basa en el sexo el análisis queda encuadrado en las más específicas previsiones de los artículos 20 y/o 4.3 CSER en función de los artículos aceptados por el Estado afectado⁹².

7. LA DINÁMICA APLICATIVA DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN EL EMPLEO

Finalmente, la dinámica aplicativa de la prohibición de discriminación en el empleo que sigue el Comité, particularmente en el marco de las reclamaciones colectivas, permite advertir un consolidado esquema de análisis que se inicia con la identificación precisa de la categoría o colectivo comparable frente al que se alega la posible discriminación. Esta tarea se presenta evidente y sencilla en algunos casos, como el contraste entre los trabajadores griegos menores de 25 años y el resto de la población activa griega (RRCC 66/2011 y 111/2014) en relación con el salario mínimo, la identificación de los distintos colectivos de guías turísticos comparables a partir del dato de la competencia o titulación profesional que los habilita para esa tarea (RC 6/1999), o el cotejo de la situación profesional de los médicos objetores y no

90. Así ocurrió en GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012, sólo en relación con el art. 4.1, al no invocarse en la reclamación la vulneración del art. 1.2.

91. En Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017, se apreció, sin embargo, ambas vulneraciones autónomas de los arts. 4.1 y 1.2 de la Carta.

92. En tal sentido, la Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002), tras afirmar que “la discriminación basada específicamente en el sexo no se analiza bajo el artículo 1.2”, establece en relación con la concreta discriminación salarial por razón de sexo que: “dado que el derecho a la igualdad en virtud del artículo 20 alcanza a la remuneración, el Comité ya no examinará la situación nacional a este respecto en virtud del artículo 4.3 (derecho a la igualdad de remuneración). En consecuencia, los Estados que hayan aceptado ambas disposiciones ya no estarán obligados a presentar un informe sobre la aplicación del artículo 4.3. Los Estados que sólo han aceptado el artículo 4.3 continuarán presentando un informe sobre la aplicación de este Artículo”. De acuerdo con dicha lógica, pero en el ámbito de las reclamaciones colectivas, en University Women of Europe c. Croacia, RC 126/2016, 5 diciembre 2019, la falta de aceptación por Croacia del art. 4.3 obligó al Comité a reconducir el examen de la denuncia de la brecha salarial por sexos al art. 1 del Protocolo Adicional (actual art. 20 CSER) que, aun siendo más amplio que el 4.3, se antoja más adecuado por su especialidad en materia de discriminación sexual que la aún más amplia e inespecífica prohibición de discriminación del art. 1.2 de la Carta, también alegado por la organización reclamante (vid. párrs. 95-99). Por su parte, en University Women of Europe c. República Checa, RC. 128/2016, 5 diciembre 2019, el Comité analizó la reclamación conjuntamente bajo la perspectiva de los arts. 1 del Protocolo Adicional y 4.3 CSE, al estar aceptados ambos por el Estado afectado y considerar que el primero de ellos incorpora o asume la misma garantía de igualdad salarial *ex art.* 4.3 CSE y, además, abarca otros aspectos de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y otras condiciones laborales (vid. párr. 92).

objectores a la práctica del aborto sobre la base de la misma cualificación y especialización (RC 91/2013).

En otras ocasiones, sin embargo, la identificación del colectivo a contrastar con el supuestamente discriminado exige del Comité una labor más compleja. Así, en el caso de los trabajadores del mar noruegos, la organización reclamante pretendía confrontar la situación de éstos a la de cualesquiera trabajadores del mar empleados en barcos de bandera del resto de Estados que previeran una edad de jubilación superior. Frente a lo que el Comité hubo de matizar que “el examen de las reclamaciones colectivas no implica ninguna comparación entre los Estados Parte que han ratificado la Carta⁹³” y que tampoco se había alegado ninguna normativa o estándar internacional concreto sobre la cuestión litigiosa⁹⁴. Sentada esta premisa, el Comité identificó la referencia comparable con los trabajadores del mar en otras categorías de trabajadores noruegos con regímenes de jubilación especiales (pilotos y trabajadores de refinerías, 65 años) frente a la edad general de jubilación (70 años) y similares exigencias de destreza profesional y condiciones físicas⁹⁵.

Igualmente, el caso de los funcionarios franceses de los antiguos servicios públicos de telefonía y correos requirió una ardua tarea de análisis tanto de la normativa reguladora de la reestructuración del sector público y transferencia de empleados, como de los posteriores procesos de organización funcional interna y selección de personal desarrollados en los nuevos operadores, para identificar los dos colectivos en que los antiguos funcionarios quedaron reubicados (los meramente recolocados o transferidos, de un lado, y los que, además, fueron reclasificados en los nuevos operadores).

Por último, la composición del conflicto denunciado, en cuanto a los colectivos involucrados y su término de contraste, resulta, en ocasiones, directamente determinante de la resolución del Comité. Así, ocurre en la RC 147/2017, donde se denuncia la pretendida discriminación de un grupo de técnicos de la Hacienda italiana que fueron temporalmente asignados a funciones directivas, finalmente no consolidadas, sobre la base de contratos temporales celebrados a tal efecto. El rechazo del Comité a la comparación de éstos con los trabajadores temporales del sector privado determinó, en gran medida, la negativa a considerar la discriminación denunciada⁹⁶.

93. En tal sentido, trae a colación International Commission of Jurists c. Portugal, RC 62/, 9 septiembre 1999, párr. 24.

94. Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013, párr. 108.

95. *Ibidem*, párr. 109.

96. Mientras que la organización reclamante comparaba la situación de los técnicos temporalmente asignados a funciones directivas a los trabajadores del sector privado (donde rige la regla de conversión automática en indefinidos de los contratos temporales sucesivamente renovados por encima de los 36 meses), el Comité rechazó tal composición del conflicto al considerar que la asignación temporal de funciones directivas se produjo —más allá del contrato temporal mediante el que se articuló— sobre la base de una previa relación indefinida de los técnicos afectados con la Agencia tributaria italiana.

Establecidos los términos de comparación, el Comité continúa comprobando la existencia de la diferencia de trato denunciada. Ésta se aprecia tanto en la propia normativa como en la aplicación efectiva de la misma o la práctica nacional (administrativa o judicial) dispensada al colectivo denunciante; siendo muy valorados a este respecto los datos y experiencias reales acreditativos de la diferencia de trato denunciada. Evidenciada ésta, el Comité, puede derivar los efectos propios de la regla de inversión de la carga probatoria que rige en materia antidiscriminatoria a partir de los indicios alegados por la organización reclamante, concluyendo la violación del art. 1.2 de la Carta ante la inacción o falta de argumentación en contra del Estado afectado⁹⁷. No obstante esa posibilidad, en la mayoría de las ocasiones, el Comité, procede, tras verificar la concurrencia de la diferencia de trato, a enjuiciar tanto la legitimidad del fin perseguido por la medida cuestionada como el carácter objetivo y razonable de su motivación diferenciadora, aplicando para ello el rigor —en términos de necesidad, idoneidad y proporcionalidad— que ya se ha indicado al hilo de los casos referidos.

8. GARANTÍAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Junto a la definición del contenido y alcance de la prohibición de discriminación en el empleo, el Comité deriva del art. 1.2 todo un marco de garantías (sustantivas y procesales, preventivas y reactivas, así como promocionales) orientadas a asegurar la realización efectiva de tal prohibición. Si bien dicho sistema de garantías se ha construido, principalmente, en el terreno de la discriminación por razón de sexo⁹⁸, ya se indicó anteriormente que dicho planteamiento se proyecta al resto de supuestos de discriminación. La previsión y aprobación de tales garantías constituyen asimismo obligaciones positivas de los Estados vinculadas al art. 1.2 de la Carta, cuyo

En la medida en que los técnicos afectados regresaban a sus contratos indefinidos anteriores al concluir la referida asignación temporal de tareas directivas, su situación dista mucho de ser comparable — en términos de precariedad — a la de los trabajadores (del sector público o privado) que quedan en el desempleo tras la finalización de un verdadero contrato temporal. Véase *Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia*, RC 147/2017, 30 junio 2021, párrs. 90-91. Sobre la delimitación de colectivos de trabajadores temporales comparables, véase también *supra* el caso de los empleados temporales del sector público italiano general y algunos colectivos del sector público educativo temporal, en particular, en las antes referidas *Reclamaciones Colectivas Confederazione Generale Sindacale c. Italia*, RC 144/2017, 9 septiembre 2020, y *Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia*, RC 146/2017, 7 julio 2020.

97. Así ocurre en *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*, RC 91/2013, 12 octubre 2015, párrs. 243-245.

98. Por tal motivo, se recoge aquí una descripción sucinta de este marco de garantías. Para un análisis más detenido desde la perspectiva de la discriminación por razón de sexo, se remite a LUKAS, K. & O'CINNEIDE, C., "Gender Equality...", op. cit.; y LUKAS, K., *The European Social Charter and Equality*, op. cit.

cumplimiento se controla, fundamentalmente, desde el sistema de informes⁹⁹; sin perjuicio de que algunas reclamaciones colectivas también hayan denunciado la insuficiencia o falta de adecuación con el art. 1.2 de la regulación antidiscriminatoria de algunos Estados Parte¹⁰⁰.

En el terreno de las medidas de carácter sustantivo, el art. 1.2 exige, en primer término, que las legislaciones estatales recojan la prohibición de discriminación en el empleo con la amplitud¹⁰¹ de causas y ámbitos materiales que se ha descrito anteriormente (discriminaciones directas e indirectas en relación con todas las situaciones y condiciones laborales). De acuerdo con ello, se requiere igualmente la previsión legal de la declaración de nulidad o de la obligación de modificar toda disposición contraria al principio de igualdad de trato contenida en convenios colectivos, contratos de trabajo o normas propias de empresa. Finalmente, para garantizar la efectiva persecución y defensa frente a posibles actos discriminatorios, el Comité también deriva del art. 1.2 la necesidad de reconocer la garantía de indemnidad frente al despido u otras represalias del empresario contra el trabajador denunciante de tales actos.

En el plano procesal, la persecución efectiva de los casos de discriminación se hace depender, principalmente, del establecimiento de la inversión o aligeramiento de la carga de la prueba¹⁰² para el trabajador en caso de denuncia de actos discriminatorios. Asimismo, se insta a la configuración de una legitimación activa amplia en los procesos por discriminación en el empleo, de forma que tengan cabida como partes en el mismo, no sólo las personas directamente afectadas, sino otros agentes con interés legítimo en tales causas, ya sea por ser representantes de los trabajadores (sindicatos) o por constituir entidades dirigidas a la lucha contra la discriminación y la atención a las víctimas.

Por su parte, en el terreno de las medidas reparadoras de las víctimas de actos discriminatorios, el Comité requiere que éstas sean adecuadas al daño provocado, proporcionales y suficientemente disuasorias. En línea con lo anterior, el Comité ha considerado que la predeterminación legal de límites indemnizatorios máximos no

99. La configuración esencial del sistema de garantías de tutela antidiscriminatoria establecido por el Comité a partir del art. 1.2 de la Carta puede observarse en las Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Islandia, 2002 sobre Francia o en las Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2, entre otras.

100. En particular, se ha cuestionado la regulación laboral francesa (la general y algunos aspectos concretos del empleo público) en materia discriminatoria en *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, así como la vigencia de tales garantías en un concreto proceso de reestructuración del sector público en *Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia*, RC 73/2011, 12 diciembre 2012, párr. 59. En ambos casos, el Comité ha considerado el marco de garantías diseñado y consolidado en el sistema de informes.

101. Este concreto aspecto se pone en cuestión en *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, párrs. 28-32.

102. A este respecto, véanse particularmente las Conclusiones 2002 sobre Francia, art. 1.2; así como *SUD Travail Affaires Sociales c. Francia*, RC 24/2004, 8 noviembre 2005, párrs. 33-35.

resultaría conforme con la Carta revisada¹⁰³, ya que en ciertos casos ello puede impedir el pleno reconocimiento de los daños y perjuicios sufridos y su adecuada reparación, además de resultar una respuesta no suficientemente disuasoria para el empleador.

Finalmente, el Comité considera necesario, en orden a asegurar una mayor efectividad, integrar la acción legislativa en el marco de una más amplia política antidiscriminatoria de carácter promocional que incluya la creación de órganos independientes orientados a la promoción de la igualdad en el empleo, la información pública y el seguimiento de la lucha contra la discriminación.

9. CONCLUSIONES

La doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el art. 1.2 de la Carta constituye una relevante manifestación de la voluntad de pormenorización, enriquecimiento y precisión de los derechos sociales y laborales que subyace en el sistema de la Carta Social Europea. Así, tras la proclamación literal del derecho a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido, el Comité protege los dos atributos esenciales sobre los que se asienta la dignidad del trabajo; esto es, la libertad del individuo para autodeterminarse en su esfera o proyección profesional, y la exigencia de igualdad de trato en todos los momentos y vicisitudes de la trayectoria profesional.

La protección eficaz de ambos atributos determinó que el CEDS identificara las dos facetas o proyecciones originales del derecho al trabajo libremente elegido conforme al art. 1.2 de la Carta. De un lado, mediante la prohibición de toda forma de trabajo forzado se trata de garantizar la obligación de los poderes públicos de respetar la voluntariedad o libertad de trabajar del individuo en todas las fases de una relación laboral, incluyendo, por tanto, el libre desistimiento. Por su parte, la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo es el medio para hacer efectiva la obligación de los poderes públicos de proteger a las personas frente a la exclusión injustificada de un ámbito esencial de desarrollo como es el empleo¹⁰⁴.

En particular, la labor del Comité en relación con la prohibición de discriminación que deriva del art. 1.2 CSER, reviste particular interés porque éste se integra en el sistema de garantía de la igualdad de trato y oportunidades que subyace a toda la Carta. Así, la existencia de otras previsiones en materia de igualdad y no discriminación en el articulado de la Carta, impone al Comité la obligación de definir el ámbito de aplicación del art. 1.2. Así, la prohibición de toda forma de discriminación en el empleo se concibe de una forma amplia y abierta, tanto por la diversidad de tipos

103. Abundan en este particular las Conclusiones 2012 sobre Andorra, art. 1.2.

104. Se sigue en este punto la clasificación de las obligaciones que el derecho al trabajo impone a los poderes públicos de respeto, protección y realización; correspondiente a las dos primeras un carácter defensivo según desarrolla GIL Y GIL, J.L., "El derecho a un trabajo digno", op. cit., pp. 969 ss.

y causas de discriminación admitidas como por las diferentes situaciones laborales y condiciones de empleo sobre las que se proyecta. Junto a ello, la Carta contempla específicamente la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia de empleo (art. 20 CSER), la discriminación por razón de sexo en relación con determinadas condiciones de trabajo, como el salario (art. 4.3), la igualdad de trato y oportunidades en materia de empleo de las personas con discapacidad (art. 15.2 CSER), así como otras referencias relativas a concretos colectivos y derechos sociales, sin olvidar la propia cláusula general antidiscriminatoria del art. E CSER de carácter transversal.

Esta circunstancia, unida al margen que tienen los Estados para aceptar sólo algunas disposiciones de la Carta (España la ha aceptado en su integridad), determina que la doctrina del Comité sobre el art. 1.2 y su delimitación con otras previsiones de la Carta adquiera importancia en clave tanto sustantiva como procesal (v.gr. para asegurar el buen fin de las reclamaciones colectivas que puedan plantearse). En tal sentido, el Comité ha declarado el carácter autónomo de la prohibición de discriminación del art. 1.2; lo que implica la posibilidad de apreciar su vulneración sin necesidad de vincularla a otros preceptos de carácter sustantivo o a la cláusula general del art. E; así como el alcance pluriofensivo de una misma normativa o práctica nacional por vulnerar tanto la prohibición de discriminación como la regulación relativa a la condición laboral de que se trate (v.gr. el salario, jornada, despido...).

En cuanto a su delimitación material, la prohibición de discriminación del art. 1.2 constituye una ley general sobre la materia en relación con el empleo, que cede –siempre que hayan sido aceptadas– en favor de las previsiones específicas relativas al empleo de las personas con discapacidad (*ex* art. 15 CSER) y, particularmente, a la discriminación por razón de sexo en materia de empleo (*ex* arts. 4.2 y 20 CSER). De acuerdo con tales acotaciones, y sin perjuicio del análisis general que realiza bajo el sistema de informes, el Comité ha hecho frente desde el sistema de reclamaciones colectivas a supuestos de discriminación por motivos de conciencia, edad y por falta de justificación de tratos diferenciados entre categorías de trabajadores comparables. Desde el punto de vista de las condiciones o situaciones laborales respecto de las que se ha analizado un trato discriminatorio, las reclamaciones colectivas resueltas han versado sobre el salario (de trabajadores jóvenes), la jubilación forzosa y las opciones de promoción, ascenso y consolidación de un empleo estable. Asimismo, la doctrina del Comité ofrece ejemplos de enjuiciamiento de medidas de acción positiva, sobre las que aplica un control estricto (de necesidad, idoneidad, proporcionalidad y efectividad) en tanto que excepciones al principio general de igualdad de trato.

Además de la definición del contenido y alcance de la prohibición de discriminación en el empleo del art. 1.2, la labor del Comité al respecto ha contribuido a precisar y consolidar un sistema de tutela antidiscriminatoria que, si bien construido a partir de la discriminación por razón de sexo, se ha hecho extensible al resto de causas de discriminación para asegurar la efectividad de la prohibición. Así, la tutela

antidiscriminatoria en el ámbito del empleo se articula a través de un consolidado conjunto de medidas sustantivas, procesales y promocionales que persiguen tanto la prevención como la reacción y reparación frente a los casos de discriminación por causas distintas al sexo. Estas medidas constituyen obligaciones positivas de los Estados cuyo cumplimiento es objeto de un incisivo control de efectividad por parte del Comité, tanto desde el sistema de informes como a través de reclamaciones colectivas que han denunciado la insuficiencia o inadecuación de las normativas y prácticas nacionales sobre la materia.

El control que realiza el Comité sobre la acción de los Estados en relación con las obligaciones positivas apuntadas no se limita a verificar su cumplimiento formal, sino que descende a evaluar la efectividad de las medidas nacionales dispuestas a partir de datos e indicadores de ejecución concretos (v.gr. número de intervenciones de la Inspección de trabajo, número de resoluciones judiciales dictadas, dotación de medios materiales y humanos, etc.). En este sentido, el Comité ha desarrollado un avanzado modelo de control (de efectividad) de las obligaciones positivas de los Estados dimanantes de los derechos sociales y laborales de carácter prestacional, cuya emulación por parte de los órganos de garantía de otros sistemas de protección sería deseable.

Finalmente, la labor de extensión aplicativa que viene realizando el Comité del elemental derecho a un trabajo libremente elegido que se proclama en el art. 1.2, del que deriva hasta tres facetas o contenidos concretos, alcanza también a la concreta prohibición de toda forma de discriminación en el empleo. Su carácter general y abierto garantiza su respuesta a las demandas de tutela frente a nuevas formas de discriminación, sin perjuicio de su atención (compatible) desde la perspectiva de otras previsiones de la CSER. No obstante, sin embargo, el hecho de que esa respuesta sea, fundamentalmente, de construcción jurisprudencial, pone de manifiesto la necesidad de redoblar los esfuerzos para que la doctrina del Comité sea acogida por los operadores nacionales y tenga eco en la labor de otros órganos de garantía nacionales y europeos. La doctrina emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas debe suponer, en el caso de España, un revulsivo para generar dicha dinámica.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Alfonso Mellado, C.I. “La aplicación en el ámbito interno de los tratados internacionales en materia social”, *Trabajo y Derecho*, n. 12, 2015, pp. 1-21.
- Alfonso Mellado, C.L., JIMENA QUESADA, L., SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, 2014.
- Alzaga Ruiz, I., “La aplicabilidad de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales internos”, *Trabajo y Derecho*, n. 64, 2020, pp. 1-31.

- Arenas Ramiro, M., “La garantía del Comité Europeo de Derecho sociales: un compromiso real con los derechos sociales”, *Lex Social*, vol. 10, n. 1, 2020, pp. 261-291.
- Canosa Usera, R., “Carta Social Europea y Comité Europeo de Derechos Sociales”, en MASALA, P.: *La Europa social: alcances, retrocesos y desafíos para la construcción de un espacio jurídico de solidaridad*, Foros y Debates 5, CEPC, 2018, pp. 143-172.
- Carmona Cuenca, E., “La prohibición de discriminación. Nuevos contenidos (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J. Y SANTOLAYA, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, 2009, pp. 733-740.
- COUNCIL OF EUROPE, *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights*, art. 1.2, 2018.
- COUNCIL OF EUROPE, *Relevant abstracts, decisions and conclusions of the European Committee of Social Rights*, 2018.
- Cubero Marcos, J.I., “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017, pp. 105-140.
- Chatton, G.T., “La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derecho Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta”, *Revista de Derecho Político*, n. 73, 2008, pp. 273-310.
- Fernández López, M.F., “Las causas de la discriminación o la movilidad de un concepto”, *Temas Laborales*, n. 98, 2009, pp. 11-57.
- Gil y Gil, J.L., “El derecho a un trabajo digno”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 949-1016.
- González de Rivera I Serra, X., “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”, *Lex Social*, vol. 5, n. 2, 2015, pp. 260-291.
- Jimena Quesada, L., “El Comité Europeo de Derecho Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 25, 2015, pp. 99-1278.
- Jimena Quesada, L., “La efectividad de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Dykinson, 2020, pp. 125-167.
- Jimena Quesada, L., “La Jurisprudencia Europea sobre derechos sociales”, en VON BOGDANDY, A; FIX-FIERRO, H; MORALES, M. Y FERRER, F. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, UNAM, México, 2011, pp. 281-312.
- Lukas, K. & O’cinneide, C., “Gender Equality within the Framework of the European Social Charter”, en COOK et al. (eds.), *Gender Equality - Engaging across Borders* (en prensa).

- Lukas, K., *Taking Stock of the European Social Charter at 60. The European Social Charter and Equality*, accesible en <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/-/the-european-social-charter-and-equality> (20/03/2022).
- Morte Gómez, C., “Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 42, 2018, pp. 551-568.
- Nivard, C., “La justiciabilidad de los derechos sociales en el Consejo de Europa”, *Lex Social*, vol. 6, n. 2, 2016, pp. 12-33.
- Rey Martínez, F., “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, *Revista de Derecho Político*, n. 100, 2017, pág. 125-171.
- Rey Martínez, F., “Principios de teoría y dogmática constitucional. La Constitución de los principios. Igualdad”, en ESCOBAR ROCA, G., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 337-359.
- Salcedo Beltrán, C., “Derechos sociales y su garantía: la ineludible aprehensión, disposición e implementación de la Carta Social Europa (constitución social de Europa)”, *Revista de Derecho Social*, n. n. 83, 2018, pp. 45-74.
- Salcedo Beltrán, C., “El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del Constitucionalismo y la justicia social (*nullum ius sine actione*)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 57, 2020, pp. 195-271.
- Salcedo Beltrán, C., “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”, *Actualidad – Centro de Estudios Andaluces*, n. 73, 2015, 1-38.
- Sarmiento Barra, J. y Aubriere, M., “La Charte Sociale Européenne et son application par les juridictions internes: regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole”, *Lex Social*, vol. 5, n. 1, 2015, pp. 161-173.

11. JURISPRUDENCIA DEL CEDS

Observaciones Interpretativas

- Observación interpretativa sobre el art. 1.2, de 31 de mayo de 1969 (Conclusiones I).
- Observación interpretativa sobre los arts. 1.2, 4.3 CSE y del art. 1 del Protocolo Adicional de 1988, de 30 septiembre 1997 (Conclusiones XII-5).
- Observación interpretativa sobre el art. 1.2 (Conclusiones XVI-1 y 2002).
- Observación interpretativa sobre los artículos 1.2 y 20 CSER (Conclusiones 2002).

Reclamaciones Colectivas

- International Commission of Jurists c. Portugal, RC 1/1998, 9 septiembre 1999.
- Syndicat national des Professions du tourisme c. France, RC 6/1999, 10 octubre 2000.
- International Association Autism-Europe c. France, RC 13/2002, 4 noviembre 2003.
- SUD Travail Affaires Sociales c. Francia, RC 24/2004, 8 noviembre 2005.
- Confédération française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. Francia, RC 56/2009, 23 junio 2010.
- Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) c. Italia, RC 58/2009, 25 junio 2010.
- International Federation of Human Rights (FIDH) c. Bélgica, RC 62/2010, 18 marzo 2013.
- General Federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants' Trade Unions (ADEDY) c. Grecia, RC 66/2011, 23 mayo 2012.
- Syndicat de défense des fonctionnaires c. Francia, RC 73/2011, 12 diciembre 2012.
- Fellesforbundet for Sjøfolk (FFFS) c. Noruega, RC 74/2011, 2 julio 2013.
- Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia, RC 91/2013, 12 octubre 2015.
- Greek General Confederation of Labour (GSEE) c. Grecia, RC 111/2014, 23 de marzo de 2017.
- University Women of Europe c. Croacia, RC 126/2016, 5 diciembre 2019.
- University Women of Europe c. República Checa, RC. 128/2016, 5 diciembre 2019.
- Unione Generale Lavoratori - Federazione Nazionale Corpo forestale dello Stato (UGL-CFS) y Sindicato autonomo polizia ambientale forestale (SA-PAF) c. Italia, RC 143/2017, 3 julio 2019.
- Confederazione Generale Sindacale c. Italia, RC 144/2017, 9 septiembre 2020.
- Associazione Professionale e Sindacale (ANIEF) c. Italia, RC 146/2017, 7 julio 2020.
- Unione Nazionale Dirigenti dello Stato (UNADIS) c. Italia, RC 147/2017, 30 junio 2021.

Sistema de informes

Artículo 1.2

- Conclusiones XIV-1 (1998) sobre Grecia, art. 1.2.
- Conclusiones 2002 sobre Francia, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Alemania, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Austria, art. 1.2.
- Conclusiones XVI-1 (2003) sobre Islandia, art. 1.2.
- Conclusiones XVII-1 (2005) sobre España, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Austria, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre España, art. 1.2.
- Conclusiones XVIII-1 (2006) sobre Grecia, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Albania, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Bulgaria, art. 1.2.
- Conclusiones 2006 sobre Lituania, art. 1.2.
- Conclusiones 2008 sobre Azerbaiyán, art. 1.2.
- Conclusiones 2012 sobre Albania, art. 1.2.
- Conclusiones 2012 sobre Andorra, art. 1.2.
- Conclusiones XXII-1 (2021) sobre España, art. 1.2.