



Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho social
Internacional y Comunitario



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO, MIGRACIONES
Y SEGURIDAD SOCIAL

137

2018

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Joaquín García Murcia**, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Yolanda Valdeolivas García**, Secretaria de Estado de Empleo.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Borja Suárez Corujo**, Director General de Ordenación de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Marcos Fraile Pastor**, Subdirector General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Asociado Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor de Derecho de la UE. **Pilar González Puente**, Directora del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

María Antonia Castro Arguelles, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Oviedo

Ángel Antonio Blasco Pellicer, Magistrado del Tribunal Supremo. Sala Cuarta.

Cristina Gortazar Rotaeché, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

Nuria Paulina García Piñeiro, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

DIRECTOR

Gonzalo Giménez Coloma
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Tel: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@mitramiss.es

Internet: <http://www.mitramiss.es>

La Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 18-2.364

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Derecho social Internacional y Comunitario

LA CARTA SOCIAL EUROPEA

SUMARIO

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. ESTUDIOS

Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea.
Luis Jimena Quesada, 17

La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018). *Guillermo García Gonzalez*, 43

La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación «presente» a la ineludible integración «futura». M^a *Carmen Salcedo Beltrán*, 79

Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales. *Petros Stangos*, 139

La aplicación de la Carta Social Europea a través de la legislación autonómica. Crónica de una disparidad Estado-Comunidades Autónomas. *Daríá Terrádez Salom*, 165

Reformar la Constitución en clave (ordo)liberal. El mercado único y la libre competencia como garantía de los servicios públicos. *Luis Ignacio Gordillo Pérez*, 193

Los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea ante el Derecho español.
Luisa Teixeira Alves, 215

Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho español.

Alberto Arufe Varela, 247

Tratamiento de personas, instituciones y colectivos especialmente sensibles en la Carta Social Europea (artículos 7, 8, 16, 17 y 19) y su regulación en el ordenamiento jurídico español. *José Luis Salido Banús, 273*

El cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea. *Jesús Martínez Girón, 303*

Nivel de cumplimiento de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social. *Jesús Barceló Fernández, 329*

Empleo, Formación e Igualdad de Oportunidades en España bajo el prisma de la Carta Social Europea. *Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado, 365*

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España. *Guillermo Palao Moreno. (Corrección de las erratas padecidas en el estudio publicado en el número 132), 413*

II. LEGISLACIÓN

La actividad normativa de la Unión Europea y apéndice sobre la Carta Social Europea. *Yolanda Maneiro Vázquez, 439*

III. JURISPRUDENCIA

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) y apéndice sobre la Carta Social Europea. *José María Miranda Boto, 459*

IV. DOCUMENTACIÓN E INFORMES

Balance de la actividad de la Unión Europea en el ámbito del empleo y la política social durante 2016. *Miguel Colina Robledo, 489*

Los empleos verdes en Europa. *Djamil Tony Kahale Carrillo, 539*

V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFÍA

RECENSIONES

La fuerza vinculante del Convenio Colectivo. La negociación colectiva en Europa. *Mario Duque González, 571*

BIBLIOGRAFÍA

Índice de artículos sobre Derecho Social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en revistas científicas en el primer semestre de 2018. *Maravillas Espín Sáez, 581*

Journal of the Ministry of Labour, Migration and Social Security

International and Community Social Law

EUROPEAN SOCIAL CHARTER

CONTENTS

EDITORIAL, *Luis Enrique de la Villa Gil*, 9

I. STUDIES

Retrospective of the Turn process: origin and preparatory works of the European Social Charter. *Luis Jimena Quesada*, 17

The reception of the European Social Charter in the Spanish Law: legal, political and institutional aspects, (1978-2018). *Guillermo García Gonzalez*, 43

Protection of social rights at European level: from the «present» confrontation to the inescapable «future» integration. *Carmen Salcedo Beltrán*, 79

Synergies between the European Union and the European Social Charter, at the time of the European Pillar of Social Rights. *Petros Stangos*, 139

The application of the European Social Charter through the legislation of the autonomous communities. Chronicle of a disparity between regions and central government. *Daríá Terrádez Salom*, 165

Constitutional reforms according to (ordo)liberal keys. Common market and free competence as guarantee of public services. *Luis Ignacio Gordillo Pérez*, 193

Articles 2 and 4 of the European Social Charter before Spanish Law. *Luisa Teixeira Alves*, 215

Articles 5 and 6 of the European Social Charter before Spanish Law. *Alberto Arufe Varela*, 247

Persons, institutions and special sensitive groups treatment in the European Social Charter (arts. 7, 8, 16, 17 y 19) and its regulation in the Spanish Law. *José Luis Salido Banús*, 273

The compliance by Spain with articles 2 and 3 of the 1988 additional protocol to the European Social Charter. *Jesús Martínez Girón*, 303

Level of compliance with the European Social Charter by the Spanish State, in the matter of prevention of labour risks, health, social security and social protection. *Jesús Barceló Fernández*, 329

Employment, Training and Equal Opportunities in Spain under the prism of the European Social Charter. *Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado*, 365

Recognition and enforcement of foreign judgements in matters of individual contracts of employment in Spain. *Guillermo Palao* (Correction of errata suffered in the study published in number 132), 413

II. LEGISLATION

Regulation in the European Union and appendix on the European Social Charter. *Yolanda Maneiro Vázquez*, 439

III. CASE LAW

Review of jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (2017) and appendix on the European Social Charter. *José María Miranda Boto*, 459

IV. DOCUMENTS AND REPORTS

Report of the activity of the European Union on employment and social policy in 2016. *Miguel Colina Robledo*, 489

Green jobs in Europe. *Djamil Tony Kahale Carrillo*, 539

V. RECENSIONS AND REFERENCES

RECENSIONS

Binding power of collective agreement. Collective negotiation in Europe. *Mario Duque González*, 571

REFERENCES

List of articles on Community Social Law and International Labor Law published on scientific magazines in the first half of 2018. *Maravillas Espín Saéz*, 581

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL*

... Con la pesada llave del conocimiento entre mis manos
empecé a buscar el hueco de la cerradura.
La llave se movió con una astucia propia,
y todas las cerraduras se abrieron de golpe ...

Isaac Newton (Lincolnshire, 1643-Londres, 1727)
Cuadernos alquímicos (Hermida ed. 2018, pág. 60)

1. En el año 1962 ningún laboralista español prestaba mayor atención a la *Carta Social Europea* (en adelante, CSE), que el Consejo de Europa acababa de aprobar en la ciudad de Turín. Afortunada fue, por ello, la investigación que el profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer –por entonces opositor a cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, desde la Facultad de Derecho de Sevilla, bajo la dirección del maestro Manuel Alonso Olea– dedicara a ese tratado internacional, publicada aquel mismo año en la desaparecida *Revista de Política Social*, (nº 53, pp. 133-195), del Instituto de Estudios Políticos. Desde entonces, la importancia social y política de la CSE, y sus normas de desarrollo, ha dado lugar a una extensísima bibliografía en las lenguas de los Estados que forman parte del Consejo de Europa, dentro de la cual se incluye la nada despreciable bibliografía española.

Expresando pues el respeto que aquel esfuerzo científico merece, no es menos cierto que este número monográfico 137, de la *Serie* que el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social dedica al *Derecho social Internacional y Comunitario*, se sitúa con ventaja a la cabeza de los estudios en español, constituyendo a partir de ahora y, seguramente durante muchos años, una fuente de obligada consulta sobre los derechos sociales garantizados por estos tratados y sobre el grado de cumplimiento de los mismos por parte de España. Mérito del equipo que, número tras número, ha hecho de esta *Serie* una referencia prestigiosa y, muy en particular, mérito de los investigadores que dedican en esta ocasión su experiencia y rigor a la CSE y textos complementarios, bajo la brillante programación de la profesora Carmen Salcedo Beltrán, animada por el impulso incansable del profesor Ignacio García Ninet.

2. El Consejo de Europa es un organismo supranacional europeo creado, tras la segunda guerra mundial, por el Tratado de Londres de 5 de mayo de 1949, suscrito por los diez países fundadores (Bélgica, Francia, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia), que le asignaron la misión de ... “realizar una unión más estrecha entre sus miembros

* Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Universidad Autónoma de Madrid. Presidente Honorario de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado, *Of Counsel* del Despacho Roca Junyent.

para salvaguardar y promover los ideales y principios que constituye su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social". Abierto al ingreso de otros Estados soberanos europeos, la incorporación de éstos ha ido produciéndose progresivamente, hasta llegar a los cuarenta y siete (47) que forman parte del mismo en la actualidad, entre los cuales se cuenta España, incorporada al Consejo entre el 18 de octubre y el 24 de noviembre de 1977, como vigésimo Estado en el orden cronológico.

El Consejo de Europa (*Conseil d'Europe, Council of Europe*) no debe ser confundido con dos de los órganos institucionales de la Unión Europea (UE), ni con el *Consejo Europeo*, con la misión de dar a aquélla los impulsos necesarios para su desarrollo, definiendo sus orientaciones y prioridades políticas generales, sin ejercer función legislativa alguna (art. 15.1 TUE); ni, menos aún, con el *Consejo de la Unión Europea* (o, simplemente, *Consejo*), encargado de ejercer, conjuntamente con el Parlamento Europeo, la función legislativa y la función presupuestaria, definiendo las políticas y la coordinación en las condiciones establecidas por los tratados (art. 16.1 TUE).

Ajeno por consiguiente a la UE, el Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, adquiere históricamente máxima relevancia por la aprobación en su seno (Convenio de Roma, 1950), del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (CEDH), cuya aplicación exigió la creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a partir de la entrada en vigor de tal Convenio, ocurrida el 3 de septiembre de 1953, siendo ratificado por España el 4 de octubre de 1979 (BOE 10 de octubre, enmendado por el Protocolo nº 11, BOE 6 mayo 1999). Once años después, la significación política del Consejo de Europa se incrementó con la aprobación de la *Carta Social Europea* (CSE, Turín, 18 de octubre de 1961), en vigor desde el 25 de febrero de 1965, ratificada por España el 6 de mayo de 1980 (BOE 26 de junio, erratas 11 de agosto de 1980). Sin embargo, esos *Boletines* españoles no reproducen el texto oficial –en francés o inglés– sino una versión castellana oficiosa, en vigor desde el 5 de junio de 1980, respecto de la cual se anota incluso el poco acierto de algunos pasajes de la misma respecto de las versiones oficiales (Alberto Arufe Varela, págs. 249-251), a diferencia de Estados como Portugal o Italia que han transcrito en sus periódicos oficiales los textos en los idiomas oficiales del Consejo de Europa (Jesús Martínez Girón, págs. 304-305).

No se exagera al afirmar que la CSE es la hermana pobre del CEDH, pues no es comparable la vinculación efectiva de una y otro para los Estados que hayan ratificado ambos tratados, contando el CEDH con el TEDH para imponer mediante sentencia su cumplimiento, de manera rigurosa, sin márgenes para la desobediencia por quienes resulten condenados. Frente a ello, la CSE y sus normas de desarrollo solo vienen defendidas por las Decisiones y Conclusiones del órgano administrativo denominado Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), respetado pero no temido, si preferimos expresarlo con las emociones antes que con los conceptos.

Por otro lado, los órganos de la UE y, en particular, su Tribunal de Justicia, ignoran olímpicamente el acervo normativo de la CSE, aunque otra cosa pudieran disfrazar documentos de trabajo como el titulado *The relationship between The European Union Law and the European Social Charter*, de 15 de julio de 2014. Entre otras razones porque el TJUE no es competente en materia de normas internas que vinculen a los Estados miembros, excluidas del derecho comunitario (art. 267 TFUE y S.TJUE de 5 de febrero de 2015, caso Grima Janet v. José María Ariza Toledano). De ahí la diferencia que se ha advertido entre las frecuentes menciones a la CSE en las conclusiones de los Abogados Generales y las muy escasas, contrariamente, en las sentencias del TJCE/TJUE, de manera que, a la postre, aquellas citas no son tenidas en cuenta en la resolución de los conflictos concretos (José M^a Miranda Boto, pág. 483). Esta situación dificulta seriamente la construcción de una Europa social, o la efectiva implantación del *Pilar Europeo*

de *Derechos Sociales* (Petros Stangos, págs. 162-163), propuesto por el Presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, en su discurso ante el Parlamento Europeo, el 9 de septiembre de 2015, idea concretada luego en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [Bruselas 26 de abril de 2017, COM (2017) 250, final (Yolanda Maneiro Vázquez, págs. 440-441)], con proclamación solemne el 17 de noviembre de 2017, en la Cumbre Social de Gotemburgo, sobre el empleo justo y el crecimiento.

Tampoco la coordinación entre el Consejo de Europa y la Organización Internacional de Trabajo es nada significativa ... “*la justicia o equidad de las condiciones de trabajo y de la remuneración exigidas por los arts. 2 y 4 de la CSE, pertenecen así al mismo orden axiológico en que, casi cuatro décadas más tarde, brotó y se desarrolló, por obra de la OIT, la idea-fuerza del ‘trabajo digno’*. [Por ello] ... *no dejará de ser sorprendente el hecho de que la propia Carta no reconozca a estos artículos la preeminencia que esas características reclamarían*” (Luisa Teixeira Alves, págs. 218-219).

Pero siendo graves las anomalías comentadas, mucho más grave es la descoordinación que destaca Carmen Salcedo Beltrán ... “*no existe uniformidad y/o sinergias entre las organizaciones europeas, ni tampoco dentro del Consejo de Europa, con lo que la construcción de una Europa social armonizada, entendida como la formación de una Europa con estándares de protección uniformes, en principio es un objetivo a alcanzar*” (pág. 93).

3. Dicho lo que antecede, resultaría injusto minimizar la trascendencia de la CSE en cuanto tratado internacional [art. 21 del Convenio de Viena, de 23 de mayo de 1969 (BOE 13 junio 1980), sobre Derecho de los Tratados y art. 2.1 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre (BOE 28 noviembre), de Tratados y otros Acuerdos Internacionales], para el ámbito regional europeo, de amplio y profundo reconocimiento de derechos sociales y laborales, en cuyo propósito este tratado ha recorrido una trayectoria compleja y desde luego proliza. Las ratificaciones han sido ya cuarenta y tres (43), de modo que solo cuatro (4) miembros del Consejo de Europa están pendientes de hacerlo. Pero lamentablemente la CSE permitió lo que se ha venido denominando ratificación “a la carta” (art. 20), de modo que cada Estado está en disposición de elegir aquello que no quiere obligarse a cumplir.

Tras de la CSE se aprobó, en Estrasburgo, el 5 de mayo de 1988, un *Protocolo Adicional*, en vigor desde el 4 de septiembre de 1992, que España ratificó el 7 de enero de 2000 (BOE 25 abril y 13 septiembre), en vigor desde el 23 de febrero de 2000. Este Protocolo reforzaba cuatro derechos sociolaborales: la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de formación, sin discriminación por sexo, el derecho de información y consulta, el derecho a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y el derecho de los ancianos a la protección social. El Protocolo cuenta con un Informe para su aplicación, el *Explanatory Report to the Additional Protocol to the European Social Charter*.

Siguió al anterior el conocido como *Protocolo de Enmienda*, aprobado en Turín, el 21 de octubre de 1991, para la reforma del mecanismo de control de cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados miembros. Pero el Protocolo no llegó a entrar en vigor, aplicándose únicamente de hecho alguno de sus preceptos, lo que convirtió en intrascendentes las ratificaciones de que fue objeto, entre ellas la de España, el 24 de enero de 2000.

De auténtica trascendencia ha de considerarse la siguiente aprobación del *Protocolo sobre collective complaints*, aprobado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, fijando un procedimiento

de reclamaciones colectivas ante incumplimiento de derechos laborales de esa naturaleza, una norma de gran valor potencial, que solo ha sido ratificado por quince (15) Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que tampoco se cuenta España, que ni siquiera lo ha suscrito.

También en la ciudad de Estrasburgo, el 3 de mayo de 1996, el Consejo de Europa acometió una revisión profunda de la CSE, dando lugar a la *Carta Social Europea Renovada* (CSER), incorporándole una nueva o más intensa protección de ocho derechos sociolaborales, así como los Protocolos de 1988 y 1995. Esos derechos nuevamente regulados afectan a la protección contra el despido, a la insolvencia del empleador, a la dignidad en el trabajo, a la igualdad de oportunidades y de empleo, a la protección de los representantes de los trabajadores, a los derechos de información y consulta en los procedimientos de despidos colectivos, a la protección contra la pobreza y la exclusión social y al derecho a la vivienda. España firmó el nuevo texto el 23 de octubre de 2000, pero posteriormente no lo ha ratificado.

En el momento actual esta CSER ha sido objeto de ratificación por treinta y cuatro (34) Estados miembros, absteniéndose de hacerlo nueve (9) de los que tienen ratificada la CSE –entre ellos España– y por supuesto los cuatro (4) que tampoco ratificaron el tratado inicial. El perfeccionamiento de éste ha sido innegable, aunque no se ha roto la cuestionable práctica de las ratificaciones “a la carta” o al gusto de cada Estado (artículo A, Parte III, CSER), propiciando de ese modo una Europa social, no de dos, sino de “*varias velocidades*”.

4. La política de España respecto de estos tratados internacionales de contenido social ha venido siendo manifiestamente mejorable. No solo por la práctica, compartida con otros muchos Estados miembros, de seleccionar la aceptación de su contenido –por ejemplo el descuelgue del art. 8.4, b) CSE, respecto de la prohibición de trabajos penosos, peligrosos o insalubres a las mujeres (BOE 10 mayo 1991), una garantía engañosa por discriminatoria, según sentencia del TC 229/1992, de 14 de diciembre (BOE 18 enero 1993)– sino por no haber facilitado al Consejo en los años precedentes –mediante los Informes anuales preceptivos, sobre una cuarta parte del contenido de la CSE, cada uno de ellos–, todos los datos disponibles para que el CEDS pudiera practicar el control, con conocimiento de causa, acerca del cumplimiento de los compromisos adquiridos al ratificar la CSE y el Protocolo Adicional, lo que ha dado lugar a peticiones complementarias de otros muchos detalles del régimen efectivamente aplicado en el ordenamiento español. Advirtiendo que en todos los casos en los que España, u otro Estado miembro que haya padecido fenómenos de crisis, ha pretendido justificar excepciones o recortes a los derechos comprometidos ... “*el CEDS viene confirmando enérgicamente la vigencia del principio de no regresión del nivel de protección garantizado por la Carta, incluso frente a supuestos de hecho muy dramáticos*” (Jesús Martínez Girón, pág. 321).

A la anterior política de nuestro país ha acompañado la frecuente ausencia de respuestas efectivas a los incumplimientos denunciados en las Conclusiones del CEDS, salvando siempre la frecuente excesiva subjetividad de éstas. Hasta el año 2006 es muy ilustrativa la consulta del *Digest of the Case Law of the European Committee of Social Rights* (www.coe.int) y, en un plano más general, el conocimiento de las *Rules of the European Committee of Social Rights / Règlement du Comité Européen des Droits Sociaux*, de 29 de marzo de 2004. Exceso de “subjetividad” del CEDS al adoptar sus Conclusiones que inclina a vincularla con ... “*la existencia de un enorme número de conceptos jurídicos indeterminados, sin que existan referencias válidas suficientes para las diversas propuestas, para poder determinar grados de cumplimientos cuantitativos o cualitativos de los mismos que no sea el criterio del CEDS*” (José Luis Salido Banús, pág. 297).

Al margen de lo anterior, la objeción mayor que debe resaltarse aquí es la falta de ratificación por España del Protocolo de Reclamaciones o Quejas Colectivas de 1995 y de la CSER de 1996. La no ratificación de este Protocolo impide el dictado de Decisiones o resoluciones parajudiciales del CEDS, sobre las reclamaciones colectivas que hubieran podido formalizarse; y la ausencia de ratificación de la CSER sitúa a España en posición desairada en el seno del Consejo de Europa. Lacónicamente afirma Guillermo García González que ... *“la relación de España con la CSE ha venido marcada por la indiferencia y la carencia de compromiso”* (pág. 72). Y, en el plano consecuencial, añade Luis Jimena Quesada que, para nuestro país ... *“el coste de no proteger los derechos sociales es mucho más alto que el de salvaguardarlos”* (pág. 39).

5. Este monográfico sobre la CSE y sus normas complementarias incluye once valiosos Estudios, cuatro (4) de ellos de carácter general sobre tales tratados (de los profesores Luis Jimena Quesada, Guillermo García González, Carmen Salcedo Beltrán y Petro Stangos) y los siete (7) restantes de comentario a algunos de sus artículos concretos (de los profesores Daría Terrádez Salom, Luis Teixeira Alves, Alberto Arufe Varela, José Luis Salido Banús, Jesús Martínez Girón, Jesús Barceló Fernández y Pepa Burriel Rodríguez-Diosdado). El estudio del profesor Luis Gordillo Pérez se dedica a temática ajena a la CSE, la defensa de la libertad de mercado y la crítica al Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, modificatorio del anterior Real Decreto-ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (conocido como anti-Uber). En tanto que el estudio del profesor Guillermo Palao Moreno es una rectificación del que, con erratas inimputables a su autor, apareció en el anterior número 132 de la Revista.

Por lo demás, manteniendo la estructura habitual de la *Serie*, junto a los Estudios reseñados tienen presencia las secciones fijas de Legislación y Jurisprudencia, Documentación e Informes y Recensiones y Bibliografía, respectivamente a cargo de Yolanda Maneiro Vázquez, José María Miranda Boto, Miguel Colina Robledo, Djamil Tony Kahale Carrillo, Sonsoles de la Villa de la Serna y Maravillas Espín Sáez.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

I. Estudios

Retrospectiva del proceso de Turín: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea

Retrospective of the Turin process: origin and preparatory works of the European Social Charter

LUIS JIMENA QUESADA*

1. INTRODUCCIÓN: EL ORIGEN RELEGADO DE LA CARTA SOCIAL CON RESPECTO AL CONVENIO EUROPEO

Los avatares del nacimiento de la Carta Social Europea (CSE) de 1961, como es sabido, la hicieron acreedora, desafortunadamente, del calificativo de «hermana pobre» o «pariente pobre» del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950. De entrada, los *Trabajos Preparatorios* del CEDH pusieron de manifiesto la opción por una rápida adopción del CEDH y la postergación de la CSE, que llegaría once años después. En este sentido, en el informe que presentó a la Asamblea Consultiva (Parlamentaria) del Consejo de Europa el 5 de septiembre de 1949, Pierre-Henri Teitgen (uno de los grandes artífices de la elaboración del CEDH y de la instauración del TEDH) en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos¹, apuntaba que «ciertamente, las libertades profesiona-

les y los derechos sociales, de un valor capital, deberán ser asimismo definidos y protegidos en el futuro; sin embargo, ¿quién no entenderá que conviene empezar por el principio, garantizando en la unión europea la democracia política, para después coordinar nuestras economías antes de acometer la generalización de la democracia social?»².

Como también es conocido y después se concretará, la relegación temporal tuvo como resultado una Carta Social Europea que incluyó un catálogo de derechos sociales y un mecanismo de garantías configurados de manera más endeble que el sistema protector del CEDH. Ahora bien, ya en el Memorándum presentado en abril de 1953 por el Secretario General del Consejo de Europa sobre el papel del Consejo en el ámbito social, instó a los Estados Miembros a definir y desarrollar unos principios comunes para su «progreso social»,

* Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia.

¹ Así lo ha recordado RUSSO, C.: «Le rôle joué par le professeur Pierre-Henri Teitgen dans l'élaboration de la Convention Européenne des droits de l'homme», en TEITGEN-COLLY, C. (Ed.): *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 59-66.

² *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme/Collected «travaux préparatoires» of the European Social Charter*, Vol. I (1953-1954), p. 219. La Compilación de los Trabajos Preparatorios de la Carta Social Europea (en versiones oficiales francesa e inglesa) consta de cinco volúmenes: Vol. I (1953-1954), Vol. II (1955), Vol. III (1956), Vol. IV (1957) y Vol. V (1958). Se encuentran accesibles en versión electrónica en: <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/preparatory-work>.

de tal suerte que «la importancia de esta tarea es tal que justifica su enunciación bajo la forma de una Carta Social Europea. Esta Carta Social debería, con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, constituir una proclamación solemne, por los Estados europeos, de los valores espirituales que se encuentran en la base de la civilización occidental. Los principios inscritos en la Carta Social servirían así de guías para la acción futura del Consejo de Europa tendentes al progreso social y a una gran unidad entre sus miembros»³.

Al hilo de lo expuesto, conviene hacer notar que ese «déficit social europeo» provocado por la plaza secundaria en que queda situada la Carta Social Europea en sus orígenes no se hallaba en modo alguno justificado, al menos por diversos motivos que se reseñan brevemente a continuación.

Para empezar, la CSE, lo mismo que el CEDH, deriva directamente de la Declaración Universal de Derechos Humanos, persiguiendo ambos tratados del Consejo de Europa reforzar en el terreno regional los estándares de Naciones Unidas sobre derechos socio-económicos⁴ y sobre derechos cívico-políticos⁵, respectivamente. De hecho, la natural invisibilidad (doble dimensión civil y social) de algunos derechos llevaría irremediamente a incluirlos tanto en el CEDH como en la CSE (piénsese en la prohibición del trabajo forzoso, en el derecho de sindicación o en el derecho a la educación); consiguientemente, esas lógicas convergencias textuales exigen, a la postre, una interacción y diálogo entre el TEDH y el CEDH ante potenciales contenciosos parale-

los⁶, para que la concurrencia no degenerare en contradicción o divergencia, sino en complementariedad⁷.

Por otra parte, la prevalente dimensión cívico-política del texto convencional de 1950 no pudo eludir que algunos de sus derechos de raigambre eminentemente liberal, como el derecho de propiedad del artículo 1 del Protocolo n° 1, se haya visto dotado de un desarrollo social (y una función social) y de un impacto económico nada desdeñables. De un lado, desde la célebre fórmula de las «implicaciones» (en versión inglesa —«implications»—) o «prolongaciones» (en versión francesa —«prolongements»—) de orden socio-económico consagrada mediante la STEDH *Airey c. Irlanda* de 9 de octubre de 1979⁸, la jurisprudencia social del Tribunal de Estrasburgo ha conocido una interesante evolución⁹. Y, de otro lado, el peso de la economía no era susceptible de quedar disociado del CEDH (por ejemplo, el «bienestar económico del país» como restricción en el apartado 2 del art. 8 CEDH) y del desarrollo jurisprudencial propiciado por el TEDH¹⁰.

⁶ AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, n° 67, 2006, pp. 387-407.

⁷ CHATTON, G.T.: «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», *Revista de Derecho Político*, n° 73, 2008, pp. 271-310.

⁸ Mediante esa fórmula se recalca que no había compartimentos estancos entre las diversas categorías de derechos, además de enfatizarse la noción de obligaciones positivas: *Vid.* CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n° 2, 1991, p. 433.

⁹ *Vid.* LÓPEZ GUERRA, L.: «La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», así como PÉREZ ALBERDI, M.R.: «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ambos en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.): *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

¹⁰ TULKENS, F.: «Les relations entre économie et droits de l'homme coûte qui coûte!», en RAIMONDI, G. et al. (Eds.): *Human Rights in a Global World. Liber amicorum Judge Luis López Guerra*, Oisterwijk, Wolf Publishers, 2018, pp. 51-68.

³ *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne*, Vol. I (1953), p. 4: Mémoire présenté par le Secrétariat Général du Conseil de l'Europe sur le rôle du Conseil dans le domaine social, Strasbourg, le 16 avril 1953 SC (53) 1.

⁴ BRILLAT, R.: «La Charte sociale européenne révisée: sa contribution à la mise en oeuvre effective et la Déclaration universelle des droits de l'homme», en AA.VV.: *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008. Réalité d'un idéal commun*, Paris, La Documentation Française, 2009, pp. 93-104.

⁵ *Vid.* el propio Preámbulo del CEDH.

La «solución europea» de 1950 (CEDH) y de 1961 (CSE) se trasladó más tarde al plano universal en lo que atañe a las garantías pues, efectivamente, aunque desde la perspectiva del reconocimiento de derechos se adoptaran los dos Pactos (de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales)¹¹ en la misma fecha (19 de diciembre de 1996), al Comité de Derechos Humanos se le habilitaba rápidamente para recibir peticiones individuales, mientras que semejante competencia se ha reconocido sólo recientemente al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (mediante el Protocolo facultativo al Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008)¹².

De igual manera, en la órbita regional del sistema interamericano de derechos humanos (instaurado en el marco de la Organización de Estados Americanos, OEA) se llegó a una solución similar a la del Consejo de Europa, adoptándose el instrumento básico de derechos civiles y políticos en 1969 (Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica) y casi veinte años después (en 1988) el texto esencial de derechos sociales, económicos y culturales (Protocolo de San Salvador)¹³.

¹¹ Ello en coherencia con el principio de indivisibilidad, plasmado de modo meridiano ulteriormente en la Declaración final de 25 de junio de 1993, con la que se ponía cierre a la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena; se señala expresamente que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles, interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso» (apartado I.5).

¹² España fue el tercer país (y primero europeo) en ratificar ese Protocolo (antes lo hicieron Ecuador y Mongolia), que ganó vigencia a partir del 5 de mayo de 2013 tras alcanzarse la décima ratificación requerida (la de Uruguay, el 3 de febrero de 2013).

¹³ Una excelente monografía sobre el *Derecho Americano de los Derechos Sociales* es la de LEÃO, R.Z.R.: *Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. Y, del mismo autor, con enfoque comparado, su libro: *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interame-*

En la misma línea, en el seno de la actual Unión Europea, los derechos sociales quedaron relegados (frente a las clásicas libertades económicas recogidas en los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas o frente al «mini-catálogo» de derechos civiles y políticos asociado a la noción de ciudadanía reconocida mediante el Tratado de Maastricht de 1992) en una débil *Carta comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores de 1989*¹⁴. Como desdibujado queda asimismo el catálogo de derechos sociales (básicamente recogidos bajo la rúbrica de «solidaridad» en el título IV) en la Carta de los Derechos Fundamentales (con valor vinculante desde el 1 de diciembre de 2009 con la vigencia del Tratado de Lisboa), tanto por quedar asociados a la idea de meros «principios» según las Explicaciones anejas, como por la propia jurisprudencia del TJUE¹⁵.

Con estos mimbres, volviendo al origen relegado de la CSE de 1961 con respecto al CEDH de 1950, es cierto que, además del endeble sistema originario de control (informes –parte cuarta, arts. 21 a 29–) de aquella (en comparación con la solución judicial del CEDH), la técnica del reconocimiento de de-

ricano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Porto Alegre, Nuria Fabris Editoria, 2009.

¹⁴ Obviamente, en modo alguno equiparable a la Carta Social del Consejo de Europa, por cuanto: primeramente, la del Consejo de Europa es un verdadero tratado internacional y, por ende, genera obligaciones jurídicas internacionales para los Estados Partes, mientras la Carta comunitaria da contenido a un mero documento programático que únicamente acarrea la responsabilidad política de los países miembros de la Unión Europea si no avanzan en las directrices marcadas por dicha Carta. Y, en segundo lugar, el catálogo de la Carta del Consejo de Europa es más amplio, en términos de derechos reconocidos y de sujetos beneficiarios (no sólo los trabajadores –visión *laboralizada*–, sino todas las personas), que el de la Carta comunitaria. Vid. CLAPHAM, A.: «Is there any Competition between the two Social Charters?», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992, 189-198.

¹⁵ Como ilustran las SSTJUE *Association de médiation sociale* (15 de enero de 2014, asunto C-176/2012) y *Victor Manuel Julian Hernández y otros* (10 de julio de 2014, asunto C-198/13), sobre los artículos 27 y 20, respectivamente, de la Carta de los Derechos Fundamentales.

rechos en la CSE de 1961 dejaba mucho que desear. En concreto, mientras en el CEDH de 1950 su «parte dogmática» quedaba claramente definida en su primera parte y bajo la fórmula más contundente «toda persona tiene derecho a...», el catálogo de la CSE de 1961 se incluía fundamentalmente en una segunda parte (arts. 1 a 19) con una fórmula más política («Las Partes se comprometen a...»); además, esa segunda parte se veía, por un lado, precedida por una primera que recogía meros principios con valor declarativo (en diecinueve puntos paralelos a los diecinueve artículos de la segunda parte) y, por otro, completada por una tercera parte (art. 20) que restringía el alcance del propio catálogo aceptando (a diferencia del CEDH) la posibilidad de «reservas» mediante la técnica de la aceptación o ratificación «a la carta»¹⁶.

Frente a ello, como la misma evolución del sistema de la Carta Social Europea ha mostrado (sobre todo, a través de la efectividad del mecanismo de informes¹⁷, acrecentada con la

visibilidad proporcionada por el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas¹⁸), debe quedar sentado que el problema no radica en una supuesta mera dificultad de articulación jurídica de los derechos socio-económicos¹⁹, sino más llanamente en una falta de voluntad política, la cual pretende ser superada mediante el actual «Proceso de Turín» lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa en octubre de 2014 (*infra*).

2. EL INICIAL PROCESO DE TURÍN QUE CULMINÓ CON LA CARTA SOCIAL DE 1961

La Carta Social de 1961 tiene su base habilitante primaria en el Estatuto del Consejo de Europa (Londres, 5 de mayo de 1949), en la medida en que la Organización pan-europea por excelencia persigue como uno de sus fines esenciales la acción común tendente a facilitar el «progreso económico y social» de sus Estados Miembros [artículo 1.a)] y el «mante-

¹⁶ Concretamente, en esa tercera parte se establecen los criterios para la determinación *ratione materiae* de los compromisos de las Partes Contratantes, de acuerdo con la fórmula del «núcleo flotante», según la cual cada Estado Parte puede elegir entre las disposiciones de un bloque mínimo esencial de la Carta, al que habrá que añadir (también a su elección) otras disposiciones complementarias. Los Estados han de optar entre cinco de los siete artículos que componen el «núcleo duro» de la Carta para poder ratificarla, a saber: el artículo 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho de sindicación), 6 (derecho de negociación colectiva), 12 (derecho a la Seguridad Social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y 19 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia). Además de este núcleo, cada Parte Contratante ha de aceptar un número adicional de disposiciones «de manera que el número total de artículos y de párrafos enumerados que la vinculen no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados» (artículo 20.1.c). Por lo demás, el artículo 20 prevé asimismo la posibilidad de que los Estados Contratantes amplíen ulterior y progresivamente el número de disposiciones por las que se sientan vinculados; además impone a los Estados mantener un sistema de inspección laboral acorde con las circunstancias nacionales.

¹⁷ En las fichas por países (*country factsheets/fiches par pays*) se incluye un apartado con «ejemplos de progresos realizados en el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Carta Social». Enlace con la ficha relativa a España: <https://rm.coe.int/spain-and-the-european-social-charter/1680492969> (último acceso 12 de abril de 2018).

¹⁸ Véase JIMENA QUESADA, L.: «Profils juridictionnels et efficacité des décisions du Comité européen des Droits sociaux», en ROMAN, D. (Dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012, pp. 165-177.

¹⁹ En torno a ello, ha apuntado J.M. VERDIER («Protection et justiciabilité des droits sociaux», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992) que las dificultades de accionabilidad y justiciabilidad de los derechos sociales no se debe a una especie de «alergia» de estos derechos en razón de su naturaleza y estructura, sino a meras razones de falta de voluntad política. Con similar orientación, ha propuesto WILLEM HERINGA, A.: «Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance», rapport présenté dans le cadre du Colloque régional européen sur *L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration Universelle*, Strasbourg 11 août 1998, p. 5: «Una de las características esenciales de las libertades civiles radica en su justiciabilidad, son redactadas como derechos directamente ejecutivos; lo que significa que una solución consistiría en intentar progresivamente formular los derechos sociales como tales derechos, en cualquier ámbito y siempre que sea posible. Por ejemplo, antes que formular simplemente un derecho a condiciones de trabajo correctas, sería también posible definir, en tanto que elemento del derecho general a condiciones de trabajo correctas, un derecho a no ser expuesto a condiciones de trabajo poco seguras, insalubres, peligrosas o que presenten riesgos».

nimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales» [artículo 1.b)]. No obstante, como se ha reseñado en el anterior apartado, de los *Trabajos Preparatorios* del Convenio Europeo de 1950 se desprendía que la prioridad temporal otorgada a los derechos cívico-políticos era transitoria o provisional²⁰, y que este catálogo debía venir completado próximamente por derechos socio-económicos.

Naturalmente, es cierto que todo progreso socio-económico como el que pretendió introducir la Carta de Turín de 1961 comporta tener en cuenta una serie de factores básicos²¹: en primer lugar, ese progreso implica una fuente de gastos adicionales que, por ejemplo, en lo que atañe a la mejora de las condiciones laborales, han de soportar el Estado o los empresarios; a continuación, con independencia de quién asuma la financiación, esa carga financiera se traduce irremediabilmente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social; por ello, y en tercer término, ese país se expone al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva conlleva una *concertación internacional*, que ha ido en aumento en un mundo cada vez más globalizado.

En este escenario, hubo que esperar a la entrada en vigor del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1953 para relanzar la idea de desarrollar una «política social de progreso» a través de una Carta Social Europea, en palabras pronunciadas por el entonces Se-

cretario General del Consejo de Europa (Jacques Camille Paris) el 16 de abril de 1953. Con este punto de arranque, el nacimiento y evolución de los trabajos de la Carta Social conoció dos fases distintas, con la intervención sucesiva de los dos principales órganos generales del Consejo de Europa.

La primera fase, de 1953 a 1956, se desarrolló ante el Asamblea Parlamentaria, que trabajó sobre la base del proyecto de Carta elaborado por su Comisión de Asuntos Sociales. A continuación, se sucedió una fase más estrictamente político-gubernamental de 1956 a 1961, en la que asumió el protagonismo el Comité de Ministros (el cual desde el principio había encargado al Comité Social un proyecto), que consiguientemente concurrió en paralelo con el otro proyecto mencionado, lo que puso de manifiesto divergencias desde el comienzo de los trabajos.

Ante tales divergencias, la OIT convocó en Estrasburgo en 1958, a petición del Consejo de Europa, una Conferencia tripartita (representantes gubernamentales, empresariales y sindicales); y, de este encuentro, surgieron recomendaciones consensuadas que dieron el impulso definitivo a la Carta Social, firmada finalmente en el *Palazzo Madama* de Turín el 18 de octubre de 1961.

El texto de la Carta Social de 1961 ha conocido una evolución, a través de diversas modificaciones. A estos efectos, el «sistema de la Carta Social Europea» se completa con el Protocolo adicional de 1988 (que garantiza cuatro nuevos derechos)²², el Protocolo de enmienda de 1991 (que prevé la reforma del

²⁰ Hasta fechas recientes, los Trabajos Preparatorios de la Carta Social Europea habían permanecido secretos, habiéndoseles dado publicidad únicamente a partir de 2001. Hasta ese año, únicamente era posible acceder a referencias indirectas a dichos trabajos a través de la excelente obra de HARRIS, D.: *The European Social Charter*, University Press of Virginia, 1984.

²¹ Sigo en la exposición de estos factores a WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif sur la Charte sociale européenne», en el colectivo *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1978, p. 25.

²² El Protocolo de 1988 amplía y mejora la protección de algunos derechos ya incluidos en la Carta, referentes al derecho al trabajo y a la protección social, en concreto: el derecho a igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de formación sin discriminación basada en el sexo (art. 1), el derecho a la información y a la consulta (art. 2), el derecho a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo (art. 3), y el derecho de las personas ancianas a la protección social (art. 4).

mecanismo de control)²³, el Protocolo de 1995 (que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas) y la CSE revisada de 1996 (que «consolida» en versión única los cuatro derechos introducidos por el Protocolo adicional de 1988, amplía el catálogo de derechos y recoge el mecanismo de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo de 1995²⁴).

3. EL ACTUAL PROCESO DE TURÍN VISTO A LA LUZ DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA CARTA ORIGINAL DE 1961

3.1. Prospectiva: Breve alusión a los desafíos del proceso de Turín

El «proceso de Turín» por la Carta Social Europea fue propuesto por el Secretario General del Consejo de Europa (Thorbjørn Jagland), inaugurándose formalmente con una Conferencia política de alto nivel celebrada en Turín los días 17-18 de octubre de 2014 y

organizada por el propio Consejo de Europa con la colaboración de la Presidencia semestral italiana de la Unión Europea y del Ayuntamiento de Turín²⁵. La finalidad última del «proceso de Turín» consiste en procurar que los derechos de la CSE sean reales y efectivos a través de la difusión y la sensibilización en los ámbitos políticos, sociales, jurídicos, comunicativos y académicos. A tal efecto, los tres desafíos fundamentales se cifran en fortalecer la efectividad cotidiana de los derechos sociales con atención especial a las personas en situación de mayor vulnerabilidad (con hincapié en el ambiente de crisis económica), acentuar las sinergias de la Carta Social con la Unión Europea y generalizar la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas.

Ese primer evento tuvo un rápido seguimiento en la posterior Conferencia de alto nivel sobre «El futuro de la protección de los derechos sociales» organizada en Bruselas los días 12 y 13 de febrero de 2015 en el marco de la Presidencia belga del Consejo de Europa. En dicha Conferencia se propició un intercambio no sólo entre representantes de instituciones internacionales y políticas, sino asimismo entre expertos académicos, interlocutores sociales y organizaciones de la sociedad civil.

Las conclusiones se plasmaron en el conocido como «Documento de Bruselas», tendente a enriquecer los trabajos del Consejo de Europa en materia de derechos sociales, incidiéndose en estos desafíos prioritarios:

- a) Garantizar los derechos sociales en tiempos de crisis.
- b) Asegurar la coherencia de la protección de los derechos sociales fundamentales, apelando a una armonización guiada por la aplicación de la «cláusula más favorable».
- c) Mejorar la eficacia de la Carta Social a través de una aplicación uniforme en el espa-

²³ El Protocolo de 1991 formalmente no ha entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta en aquel momento), pero su contenido es aplicado en la práctica tras una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, con la excepción de la elección de miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros). En particular, para que el Protocolo de 1961 entre en vigor consiguiendo la unanimidad de esos Estados que en 1991 habían ratificado ya la Carta de 1961, es necesario que lo ratifiquen todavía tres (que son Dinamarca, que ni siquiera ha firmado, Reino Unido y Luxemburgo –estos dos han firmado, pero no han ratificado todavía–; y lo cierto es que ninguno de los tres ha mostrado voluntad de ratificar).

²⁴ Véase artículo D (*Reclamaciones colectivas*) de la CSE revisada: «Las disposiciones del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas se aplicarán a las obligaciones contraídas en aplicación de la presente Carta para los Estados que hayan ratificado el citado Protocolo. 2. Todo Estado que no esté obligado por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea en el que se establece un sistema de reclamaciones colectivas podrá, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación de la presente Carta o en cualquier fecha posterior, declarar mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que acepta la supervisión de sus obligaciones en virtud de la presente Carta según el procedimiento establecido en dicho Protocolo.»

²⁵ Los documentos más relevantes de dicho proceso pueden verse en: <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/turin-process> (último acceso el 18 mayo de 2018).

cio regional del Consejo de Europa (instando una vez más a que todos los Estados Miembros ratifiquen la CSE revisada y acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas), de una promoción del papel de las instituciones nacionales, de un aumento de los recursos humanos y materiales al Servicio de la CSE y de una clara equiparación entre el CEDH y la CSE.

Y d) maximizar el potencial de las sinergias entre el Consejo de Europa y la UE en materia de derechos sociales.

Una continuación importante de esa Conferencia de Bruselas y del «proceso de Turín» tuvo lugar en 2016 (el 17 de marzo), de nuevo en Turín, en el marco de una Conferencia interparlamentaria de los 47 Estados Miembros del Consejo de Europa dedicada a la CSE, organizada por el Consejo de Europa en colaboración con la Cámara de Diputados italiana y con el Municipio de Turín. La Conferencia tuvo como objetivo proporcionar a los parlamentarios un marco privilegiado de discusión sobre la puesta en práctica de los derechos de la CSE en el ámbito nacional, incidiendo en el rol fundamental de aquéllos en el proceso de ratificación de la versión revisada de la CSE, en la aceptación del mecanismo de reclamaciones colectivas, en el examen de las disposiciones de la CSE en los procedimientos legislativos internos y en el seguimiento de las resoluciones adoptadas por el CEDS.

Por otra parte, en el desarrollo del orden del día de dicha Conferencia interparlamentaria se discutieron las políticas sociales «post-crisis» (teniendo en cuenta los desafíos relacionados con la mundialización y la necesidad de promover una sociedad europea más solidaria e inclusiva basada en el respeto de los derechos fundamentales) y la seguridad democrática del Estado de Derecho. Estas cuestiones fueron también objeto de debate al día siguiente en Turín, el 18 de marzo de 2016, en el contexto de un Foro público dedicado a los derechos sociales en Europa.

En el último trimestre de 2016 se verificaron nuevos eventos de impulso del «proceso

de Turín»: por una parte, el Debate temático sobre «Derechos sociales en Europa: la puesta en práctica de la Carta Social Europea a nivel regional», organizado el 20 de octubre de 2016 por la Cámara de las Regiones en el marco de la 31ª sesión del Congreso de Poderes Locales y Regionales del Consejo de Europa, y entre cuyas conclusiones merece destacarse que dicha Institución decidió nombrar un «Ponente especial» para el Proceso de Turín, siguiendo el ejemplo de la Asamblea Parlamentaria; y, por otra parte, la Opinión del Secretario General del Consejo de Europa de 2 de diciembre de 2016 sobre la iniciativa tendente a poner en marcha un Pilar Europeo de Derechos Sociales, en donde se destacan las convergencias y coherencias de la Europa social a través de la necesaria cooperación entre el Consejo de Europa y la Unión Europea²⁶.

El último hito interesante del «proceso de Turín» vino marcado, especialmente, por la publicación a finales de junio de 2017 del Informe de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (APCE) sobre dicho proceso. En particular, con ocasión de la 27ª sesión de la APCE (celebrada en Estrasburgo del 26 al 30 de junio de 2017), se examinó el informe sobre «El Proceso de Turín: reforzar los derechos sociales en Europa»²⁷, cuyo contenido vino asumido por la Resolución n° 2180(2017) y la Recomendación n° 2112(2017) de la propia APCE.

En esta última Recomendación (adoptada el 30 de junio de 2017), tras afirmar su adhesión al citado «Proceso de Turín» e invitar al Comité de Ministros a «definir los derechos sociales como prioridad para el ejercicio bienal 2018-2019 del Consejo de Europa», insta al citado Comité de Ministros a que adopte una decisión unánime para que pueda ha-

²⁶ Opinión del Secretario General del Consejo de Europa sobre la iniciativa de la UE de establecer un Pilar Europeo de Derechos Sociales, Estrasburgo, 2 de diciembre de 2016 (<https://rm.coe.int/16806dd0bc>, último acceso 18 de mayo de 2018).

²⁷ La relatora fue la parlamentaria andorrana SILVIA ELOÏSA BONET.

cerse efectiva la elección de los miembros del CEDS por la APCE (lo mismo que sucede con los jueces y juezas del TEDH), según lo previsto por el Protocolo de enmienda de 1991 (no entrado en vigor). Y, sobre todo, la APCE insta asimismo al Comité de Ministros «a preparar el terreno para una cooperación reforzada con la UE en el futuro, especialmente en el marco de la puesta en práctica del Pilar Europeo de Derechos Sociales». A tal efecto, insta al Comité de Ministros: de un lado, «a encomendar al CEDS que acometa un estudio en profundidad sobre las eventuales sinergias entre la Carta Social Europea y el Pilar Europeo de Derechos Sociales, y sobre el modo en que la primera podría servir de referencia común en materia de derechos sociales para todos los Estados europeos»; y de otro lado, «a asegurar una participación de alto nivel del Consejo de Europa en la próxima Cumbre social para un empleo y un crecimiento equitativos, organizado conjuntamente por la Comisión Europea y el Gobierno sueco en Gotemburgo, el 17 de noviembre de 2017, para debatir y aprobar el Pilar Europeo de Derechos Sociales».

3.2. Retrospectiva

3.2.1. *La Carta Social ya se concibió como el Pilar Europeo de los Derechos Sociales*

Puede decirse que la Unión Europea ha rentabilizado la denominación del nuevo «Pilar Europeo de Derechos Sociales» (propuesto por el Presidente Jean-Claude Juncker en su Discurso sobre el estado de la Unión ante el Parlamento Europeo el 9 de septiembre de 2015)²⁸, que vislumbra un mayor empeño en el sustantivo que en el adjetivo de la «economía social» del artículo 3.3 TUE, dado que pone más el acento en la competitividad que en los propios derechos

sociales²⁹. En dicha línea, la Comisión Europea apostó por la mera adopción de una declaración solemne interinstitucional similar a la que se produjo inicialmente en el caso de la CDFUE³⁰, una proclamación solemne que se ha efectuado el 17 de noviembre de 2017 en la Cumbre Social de Gotemburgo (Suecia).

Desgraciadamente, la Comunicación de la Comisión sobre el Pilar, aunque haga una paradójica alusión al «acervo social» europeo e internacional³¹, practica una clara omisión no sólo del CEDS, sino de forma más sorprendente aún de la CSE revisada de 1996; exclusión, esta última, que ni siquiera habían osado practicar los redactores de la CDFUE en

²⁹ En la citada Comunicación de 26 de abril de 2017 se expresa que el Pilar tiene como «su principal misión es cumplir la promesa contenida en los Tratados de una economía social de mercado altamente competitiva, que persiga el pleno empleo y el progreso social».

³⁰ Se dice así en la reiterada Comunicación de la Comisión: «el pilar establece un marco para orientar la actuación futura de los Estados Miembros participantes. Esta es la razón por la que se presenta en forma de Recomendación de la Comisión, junto con una propuesta de proclamación interinstitucional. La Comisión adopta hoy la Recomendación sobre la base del artículo 292 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Tal como se hizo para la Carta de los Derechos Fundamentales, la propuesta de proclamación interinstitucional se debatirá con el Parlamento Europeo y el Consejo».

³¹ Se recuerda en la Comunicación al respecto: «El pilar se inspira directamente en la plétora existente de prácticas en toda Europa, y se basa en el sólido corpus de Derecho existente en la Unión Europea y a nivel internacional. Muchos de estos valores, ya consagrados en los Tratados de Roma de 1957, han adquirido mayor reconocimiento mundial gracias a la labor de organismos internacionales como las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo y el Consejo de Europa. En particular, el pilar se inspira en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, que establecieron derechos sociales esenciales. Al mismo tiempo, el acervo social de la UE también se ha desarrollado a lo largo de los últimos treinta años como resultado de las nuevas disposiciones de los Tratados, la adopción de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, nueva legislación y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Más recientemente, la adopción de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas para 2030 ha definido una nueva agenda para abordar la erradicación de la pobreza y las dimensiones económicas, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible de manera equilibrada e integrada».

²⁸ La propuesta se ha concretado en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el establecimiento de un pilar de derechos sociales*, Bruselas, 26 de abril de 2017, COM(2017)250 final.

sus Explicaciones anejas³². Ello, por lo demás, resulta más ostensible cuando se compara el texto de la Comunicación con *el Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión* que acompaña a dicha Comunicación³³, que indudablemente no podía dejar de aludir a la CSE revisada de 1996 y al CEDS (con mención expresa al procedimiento de reclamaciones colectivas) apostando por un reforzamiento del Pilar³⁴.

El caso es que, en efecto, los Trabajos Preparatorios de la CSE ya pusieron de manifiesto, en la fase inicial (en 1953) su concepción como verdadero «Pilar» del modelo social europeo. Así, el entonces Secretario General del Consejo de Europa, compareciendo ante la APCE, subrayó que la CSE debía «poner en valor los principios que caracterizan las democracias europeas occidentales en el terreno social», resaltando «la importancia de la colaboración y de una unión más estrecha entre los Estados Miembros». Además, con cita del artículo 1 del Estatuto del Consejo de Europa, instaba a los «Gobiernos miembros» a «declarar que la sociedad europea se basa en el respeto de la dignidad humana y que tiene como objetivo la mejora de las condiciones de existencia. El objetivo de la política social de los Gobiernos miembros debe ser por tanto la mejora constante del nivel de vida de todos los miembros de la sociedad, tanto como lo per-

*mitan las condiciones económicas, así como el reparto equitativo de los recursos y de las cargas»*³⁵.

Estas afirmaciones del Secretario General, que rememoran de algún modo la filosofía de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas (tanto de la precedente CECA de 1951, como de los posteriores Tratados CEE y Euratom de 1957), presentan por el contrario la diferencia cualitativa de poner el acento en los derechos sociales como fin y en la economía como medio, a diferencia del *leitmotiv* de la Europa comunitaria. En concreto, agregó el Secretario General del Consejo de Europa que «los Gobiernos deberían mostrar su intención de considerar la política económica, no como un fin en sí, sino como un medio para alcanzar los objetivos sociales; deberían por tanto comprometerse a orientar su política económica, tanto en el plano individual como en el colectivo, inspirándose en ese principio. Deberían, en particular, declarar su intención de mantener un nivel de producción elevado, una liberación creciente de los intercambios, la estabilidad financiera y un nivel elevado de empleo»³⁶.

En la misma línea, el Secretario General enfatizó la idea de concertación económica y social³⁷, para a renglón seguido evocar la construcción de una especie de ciudadanía social, de tal modo que los Gobiernos deberían hacer gala de disposición «para armonizar su legislación y sus prácticas sociales, así como abolir en materia de derechos sociales las discriminaciones basadas en la nacionalidad entre los Miembros del Consejo y facilitar la libre circulación de las personas entre los países miembros»³⁸.

La configuración de la Carta Social como Pilar Europeo de Derechos Sociales quedó más

³² BELORGEY, J.M.: «Le Conseil de l'Europe au milieu du gué», *Revue administrative*, nº 372, 2010, pp. 625-626.

³³ Documento SWD(2017) 201 final, Bruselas, 26 de abril de 2017.

³⁴ Cabe lamentar que en la Comunicación de la Comisión no se haya asumido un párrafo tan importante como el siguiente que figura en el Documento de trabajo: «Ninguna de las disposiciones del Pilar europeo de derechos sociales podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los principios y derechos reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el derecho de la Unión o el derecho internacional, y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos sus Estados Miembros, incluida la Carta Social Europea de 1961 y los Convenios y Recomendaciones de la OIT relevantes. La aplicación del Pilar puede reforzarse por medio de la ratificación de los correspondientes convenios de la OIT, la Carta Social Europea en su versión revisada de 1996 y su Protocolo adicional, que permite presentar denuncias colectivas».

³⁵ *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne*, Vol. I. p. 5.: Mémorandum présenté par le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe sur le rôle du Conseil dans le domaine social, Strasbourg, le 16 avril 1953 SC (53) 1.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 6.

³⁸ *Ibidem*, p. 7.

claramente delimitada en la brillante exposición de Henri C.J. Heyman (presidente y relator de la Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Consultiva, APCE), el 23 de septiembre de 1953, cuando expresó claramente que el objetivo era «establecer la política social del Consejo de Europa», basada «ante todo, en los principios de justicia social». A tal efecto, tras destacar que la «acción del Consejo se había ejercido principalmente en el plano de las migraciones, la vivienda y la Seguridad Social» y realzar asimismo la importancia de los avances en la elaboración del Código Europeo de Seguridad Social, puntualizó que la Asamblea «comprendió muy pronto la necesidad de un programa social más amplio y más coherente. Ya en diciembre de 1951, en efecto, votó la Recomendación 14, relativa a la adopción por los Estados Miembros de una política común en materia social».³⁹

De esta manera, además de la Seguridad Social, los problemas de la mano de obra en el mercado de trabajo y de vivienda, se ponían las bases para otras cuestiones importantes (que nos aproximan en buena medida a los desafíos presentes del actual «proceso de Turín»), a saber: «1. Acción común en favor de una ratificación nacional de los convenios internacionales del trabajo. 2. Relaciones entre el Consejo de Europa y las autoridades especializadas, particularmente la Comunidad Europea del Carbón y del Acero. 3. Contactos entre las administraciones sociales de los Estados Miembros del Consejo de Europa». En suma, con la Recomendación 14 y su plasmación en la Carta Social Europea, se lanzaba «por primera vez, la idea de un programa social vasto y de largo recorrido»⁴⁰.

3.2.2. *La discusión sobre la indivisibilidad de los derechos humanos y la garantía efectiva de los derechos sociales*

En el mencionado Memorándum del Secretario General del Consejo de Europa presen-

tado ante la Asamblea Consultiva en abril de 1953 se puso el énfasis en el reconocimiento de los derechos sociales y en la necesidad de establecer un mecanismo de control tomado como parangón el sistema del CEDH. De esta forma, se sostuvo, en cuanto al catálogo posible de derechos, que «los Gobiernos deberían reconocer la responsabilidad moral que les incumbe para garantizar, en aras del interés general, el desarrollo social de los territorios bajo su jurisdicción. Otros principios cuya introducción podría afrontarse serían los siguientes: Seguridad en el empleo para todos. Salario u otra remuneración suficiente para garantizar una existencia decente para los trabajadores y sus familias. Igual remuneración por igual trabajo. Seguridad e higiene en el trabajo. Descanso y ocio suficiente. Vacaciones periódicas pagadas. Instalaciones para un ocio saludable. Seguridad social que cubra todas las contingencias normales. Protección general de salud. Protección general de la familia. Protección especial para ciertos grupos (madres, niños, adolescentes, personas con discapacidad física o mental, personas mayores). Distribución equitativa de las cargas económicas a través de un sistema fiscal justo, con prevención efectiva del fraude fiscal. Comida, ropa y vivienda suficientes para todos»⁴¹.

Por añadidura, en lo que concierne a la efectividad de ese catálogo de derechos, se agregaba que «para cada uno de estos puntos, la Carta debe establecer principios generales que precisen claramente sus límites, como se hizo en el Convenio de Derechos Humanos para los derechos civiles y políticos. Los Estados Miembros deben comprometerse a cumplir con estos principios y tomar las medidas necesarias para su cumplimiento, ya sea individualmente o mediante una acción concertada. Un procedimiento de control internacional también podría ser instituido»⁴².

Los debates posteriores en el seno del Comité de Ministros, el 13 de septiembre de

³⁹ Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne, Vol. (1953), p. 14.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*, p. 7.

⁴² *Ibidem*.

1953, discurrieron por los mismos senderos de complementariedad y convergencia de la CSE con el CEDH. Concretamente, al presentante el informe del Comité *ad hoc* de expertos sociales del Comité de Ministros sobre la Carta Social Europea se destacó, aludiendo al Memorandum del Secretario General, que «dicha Carta sería la continuación lógica de la obra del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos humanos. El preámbulo de la Convención Europea de Derechos Humanos establece que las disposiciones de este instrumento constituyen primeros pasos. Hasta ahora, solo se han tenido en cuenta los derechos políticos y los derechos civiles. Ahora es el momento de centrarnos en los derechos económicos y sociales, lo que estaría en consonancia con la decisión adoptada por el Comité de Ministros de establecer un programa de acción a largo plazo para el Consejo de Europa»⁴³.

La semana siguiente, el 18 de septiembre de 1953, la Asamblea Consultiva «*acepta, en primer lugar, el principio de la elaboración de una Carta Social Europea. Esta Carta debería definir los objetivos sociales de los Estados Miembros del Consejo de Europa y servir de guía a toda acción futura del Consejo en el terreno social. Debería constituir, en el ámbito de la política social, un complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos*»⁴⁴. Este documento «*completaría efectivamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como ustedes saben, no se limita a los derechos políticos y civiles, sino que también se extiende a los derechos económicos y sociales. Durante las discusiones que tuvieron lugar en las Naciones Unidas con el objetivo de establecer una verdadera convención de derechos*

humanos, fue necesario considerar los derechos políticos y civiles por separado, y tratar de llegar a una convención distinta sobre los derechos económicos y sociales. Desafortunadamente, esta tarea aún se encuentra en la etapa preparatoria ante las Naciones Unidas, y existen muchas razones para creer que puede no producir resultados positivos durante mucho tiempo. Al contrario, tal vez no sea imposible elaborar un documento de este tipo en el marco más estrecho del Consejo de Europa. En el preámbulo del Convenio de Derechos Humanos del Consejo de Europa, las disposiciones de este Convenio se describen como el primer paso hacia la aplicación colectiva de algunos de los derechos establecidos en la Declaración Universal. Incluso si en este momento fuera imposible establecer un instrumento vinculante, dentro del Consejo de Europa, sería pese a todo de considerable interés psicológico y práctico redactar una declaración solemne de los principios sociales fundamentales de la Europa occidental»⁴⁵.

Centrándonos en el decurso de la garantía efectiva de los derechos consagrados en la CSE, ella se basa en el originario sistema de informes establecido en 1961 y en el posterior procedimiento de reclamaciones colectivas instaurado mediante el Protocolo de 1995. Como es conocido, la Carta de 1961 estableció un mecanismo de presentación de informes por los Estados cada dos años sobre las disposiciones aceptadas al ratificarla. Ello hacía que cada ciclo de control y, por ende, tanto la adopción como la publicación de las conclusiones del CEDS, adolecieran de una considerable lentitud. Desde el 1 de octubre de 2007, por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se puso en marcha un nuevo sistema de presentación de informes nacionales, de modo que cada Estado Parte en la Carta debe someter cada año (a fecha 31 de octubre) un informe sobre un grupo temático. A tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre «Empleo, formación e igualdad

⁴³ *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne*, Vol. I (1953), Comité des Ministres, 13^a session, Rapport du Comité *ad hoc* d'experts sociaux. Charte sociale européenne, Strasbourg, le 13 septembre 1953 Confidentiel, CM (53) 99, p. 11.

⁴⁴ *Recueil des travaux préparatoires de la Charte sociale européenne*, Vol. I (1953), p. 13.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 16.

de oportunidades» (artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25); grupo II sobre «Salud, Seguridad Social y protección social» (artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30); grupo III sobre «Derechos relacionados con el trabajo» (artículos 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29), y grupo IV sobre «Niños, familias, migrantes» (artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31). En la práctica, por tanto, cada grupo temático ha venido siendo objeto de presentación de un informe cada cuatro años.

En esta línea, el sistema de informes ha adolecido de falta de reacción ante situaciones nacionales que merecerían una respuesta más rápida en términos de justicia social, pues en el intervalo de cuatro años entre informe e informe referente a cada grupo temático, es posible que se hayan producido cambios normativos o jurisprudenciales internos, con conclusiones tardías del CEDS. Por tal motivo: de un lado, el CEDS sometió en 2011 (en el marco del 50º aniversario de la CSE) al Comité de Ministros una propuesta de nueva modificación del sistema de informes para retornar al sistema inicial de presentación cada dos años, pero sobre el conjunto de disposiciones de la Carta Social, de modo que el CEDS exigiría a todos los Estados la sumisión de informes sobre cuestiones transversales controvertidas para el conjunto de Partes Contratantes y sobre aspectos polémicos relacionados con cada país (por ejemplo, sobre las disposiciones con respecto a las cuales un Estado hubiera sido condenado mediante sucesivas conclusiones de no conformidad con la Carta); y, de otro lado, el CEDS ha seguido insistiendo en la necesidad de generalizar el procedimiento de reclamaciones colectivas, que en caso de extenderse a todos los Estados del Consejo de Europa, podría sustituir al mecanismo de informes, por cuanto dicho procedimiento judicial de demandas colectivas dota de mayor visibilidad al respeto de los derechos consagrados por la Carta y, sobre todo, ha mostrado un enorme potencial de justiciabilidad en su funcionamiento. Esa reforma propuesta en 2011 por el CEDS fue afortunadamente asumida en gran medida por el Comité de Ministros el 2 de abril de 2014, siendo el cambio

más importante la simplificación del sistema de informes para los Estados Partes que hayan aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas⁴⁶.

Por lo demás, en cuanto a esta primera modalidad de control, cabe advertir que se hizo eco asimismo del contenido del Protocolo de 1991, que formalmente no ha entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta en aquel momento), pero cuyo contenido en la práctica es aplicado tras una decisión del Comité de Ministros de diciembre de 1991, mediante la que se pedía a los órganos de control de la Carta que aplicarían ese Protocolo incluso antes de su entrada en vigor «en la medida en que el texto de la Carta lo permitiere». Así, todas las disposiciones del Protocolo de 1991 son aplicables, excepto la elección de miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros). En todo caso, se aligeró o flexibilizó el mecanismo de control, con la desaparición de la Asamblea Parlamentaria en el procedimiento, y con la delimitación meridiana de las competencias jurídicas del CEDS respecto de las competencias políticas del Comité Gubernamental.

En estas coordenadas, el Protocolo de 1991 venía a recoger una de las propuestas formuladas por la Asamblea parlamentaria en su *Recomendación 1168 (1991) relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa*, y

⁴⁶ Nuevo sistema adoptado por el Comité de Ministros en su 1196ª reunión los días 2-3 de abril de 2014 (CM(2014)26). Se puso en práctica con las Conclusiones correspondientes a 2015. Sobre el particular, el CEDS hubo de pronunciarse sobre tres tipos de informes: primeramente, sobre los informes ordinarios relativos al grupo temático correspondiente, que en 2015 tuvo que ver con la protección de la infancia, familias y migrantes; en segundo lugar, sobre informes simplificados que han de presentarse cada dos años con respecto al cumplimiento de las decisiones del CEDS de resolución de reclamaciones colectivas (para aquellos Estados Partes que hayan aceptado dicho procedimiento); y, en tercer término, sobre informes referentes a conclusiones de no conformidad adoptadas por el CEDS el año precedente (relativas al grupo temático de derechos sobre salud, Seguridad Social y protección social) motivadas por ausencia de información facilitada por las Partes Contratantes.

especialmente la transformación y mayor relevancia de uno de los órganos de control (el Comité de Expertos) en un *Comité europeo de derechos sociales*. En cambio, el Protocolo de 1991 no dio cauce a la propuesta de esa misma Recomendación 1168 de dotar de competencia a ese Comité europeo para examinar, entre otras cuestiones, *reclamaciones colectivas* bajo la forma de una especie de ejercicio del derecho de petición (lo cual se produjo a través del Protocolo de 1995)⁴⁷.

Tampoco cabe olvidar que uno de los proyectos (el tercero, de 1956) de la fase parlamentaria de elaboración de la Carta ya preveía la institución de un *Comisario europeo de asuntos sociales*. Pero, sobre todo, a donde no se ha llegado todavía en el estadio actual es a constituir (según preconizaba asimismo la mencionada Recomendación, apostando por una solución decididamente judicial) a la creación de una *Sección Social o Sala Social de Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, sin perjuicio de la jurisprudencia «social» del TEDH en el desarrollo del Convenio Europeo de 1950, ya iniciada e impulsada obviamente por la desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos⁴⁸.

La segunda modalidad de control consiste en la presentación de *Reclamaciones Colectivas*. La legitimación para interponer dichas reclamaciones puede provenir de cuatro frentes diversos: las organizaciones internacionales de trabajadores y de empresarios; las organizaciones nacionales representativas de empresarios y de trabajadores, las ONG internacionales que figuren inscritas en la lista establecida por el Comité Gubernamental, así como (siempre que los Estados hayan efectuado una declaración *ad hoc*)⁴⁹,

las ONGs nacionales representativas calificadas en los ámbitos cubiertos por la Carta. Las reclamaciones, una vez formuladas, pasan a ser examinadas por el CEDS, que normalmente se pronuncia en primer lugar sobre la admisibilidad de la reclamación, para luego concluir sobre el fondo del asunto; es posible evaluar al mismo tiempo y resolver mediante una misma decisión sobre la admisibilidad y el fondo. En la tramitación (con posible organización de audiencia pública) ha mediado una evolución interesante, con la modificación del Reglamento⁵⁰ para incorporar la intervención de terceros (a título de «amicus curiae»), la utilización del procedimiento de urgencia para casos graves o la adopción de «medidas inmediatas» (con más amplio alcance que las «medidas cautelares» previstas en el artículo 39 del Reglamento del TEDH)⁵¹.

Es menester recordar que las resoluciones del CEDS adquieren la forma de «conclusiones» en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de «decisiones» (de admisibilidad y de fondo) en el supuesto del procedimiento de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo

⁵⁰ La última modificación reglamentaria fue adoptada el 26 de enero de 2018.

⁵¹ Las medidas inmediatas están previstas en el artículo 36 del Reglamento del CEDS: «1. Desde la adopción de la decisión sobre la admisibilidad de una reclamación colectiva, o en cualquier momento ulterior durante la tramitación del procedimiento, antes o después de la adopción de la decisión de fondo, el Comité podrá, sea a petición de una parte, sea a iniciativa propia, señalar a las partes cualquier medida inmediata cuya adopción parezca necesaria, con el fin de evitar un riesgo de daño grave irreparable y de asegurar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea. 2. En el caso de una petición de medidas inmediatas formulada por una organización reclamante, la petición deberá precisar los motivos, las consecuencias probables si la medida no es acordada, así como las medidas pedidas. Una copia de la petición se transmitirá inmediatamente al Estado demandado. El Presidente fijará una fecha para que el Estado demandado pueda presentar una memoria sobre la petición de medidas inmediatas. 3. La decisión del Comité sobre las medidas inmediatas será motivada y firmada por el Presidente, el Ponente y el Secretario Ejecutivo. Se notificará a las partes. El Comité podrá invitar a las partes a que le proporcionen informaciones sobre cualquier cuestión relativa a la puesta en práctica de una medida inmediata».

⁴⁷ En realidad, ese derecho de petición se preveía extenderlo tanto a grupos de personas como a personas individuales.

⁴⁸ Vid. ENRICH MAS, M.: «Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme», *Affari internazionali*, nº 1, 1992.

⁴⁹ En el momento del cierre del presente trabajo (mayo de 2018), un solo país (Finlandia) ha aceptado la legitimación activa de las ONG nacionales.

de 1995. Debe añadirse, por consiguiente, que el compromiso internacional de los Estados Partes con respecto a la CSE (la de 1961 y la revisada de 1996) comporta el carácter vinculante no sólo de las disposiciones de ella, sino también de la jurisprudencia emanada del CEDS en ambos mecanismos (el de informes y el de reclamaciones colectivas).

Naturalmente, ambos sistemas se retroalimentan, lo cual se manifiesta en que el CEDS se inspira y cita en sus «decisiones de fondo» la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, paralelamente, se inspira y cita en sus «conclusiones» la más reciente jurisprudencia desarrollada a través de la resolución de las reclamaciones colectivas. Debe resaltarse igualmente esta noción moderna de «jurisprudencia» del CEDS (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en el sitio web de la Carta Social Europea —www.coe.int/socialcharter—), es decir, de *juris-dictio* o de «decir el Derecho» contenido en la CSE con carácter último⁵², precisándose así las obligaciones de las Partes Contratantes y haciéndose efectivo de tal suerte el principio *pacta sunt servanda*.

Con anterioridad al acceso *online* a la jurisprudencia del CEDS⁵³, la fuente básica de consulta venía constituida por las publicaciones oficiales impresas del Consejo de Europa, en particular el *Recueil de Jurisprudence relative à la Charte Sociale Européenne/Compilation of the Case Law on the European Social Charter* y los sucesivos suplementos que fueron apareciendo, prácticamente desconocidos incluso en el mundo académico durante muchos años. En todo caso, en el Prefacio

del primer volumen del propio *Recueil*, publicado en 1982, se decía que se trata de «una compilación de interpretaciones dadas por los diferentes órganos de control instituidos por la Carta». Y su «utilidad —continuaba expresando el Prefacio— reside en precisar más aún el alcance de las diferentes disposiciones y en definir así la extensión de las obligaciones que las mismas conllevan para los Estados contratantes». Por tanto, constituía un cuerpo de doctrina importante, con valor hermenéutico nada desdeñable, en aquel momento sólo referido al sistema de informes.

3.2.3. *La controversia sobre la aceptación «a la carta»*

El sistema de ratificación parcial o «a la carta» introducido en la CSE de 1961 (art. 20) se recogió asimismo en la CSE revisada de 1996 (art. A de la Parte III)⁵⁴. En puridad, ello comporta un ataque a la indivisibilidad dentro del propio texto de la Carta como conjunto normativo sistemático. De hecho, el propio CEDS ha mitigado en cierta medida ese anómalo sistema, por ejemplo, en la Reclamación n° 41/2007 (*Centro de defensa de los derechos de las personas con discapacidades mentales*

⁵⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A.: «Obligaciones y vínculos. Artículos A y B de la Carta Social Europea», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, p. 972: «Puede decirse que la III Parte de la Carta Social Revisada, denominada significativamente "Obligaciones y Vínculos", da un paso serio adelante en el mecanismo de obligatoriedad de las disposiciones que las Partes asumen, han asumido ya en versiones anteriores, o están aún por asumir en momentos sucesivamente posteriores, ya que todo ello aparece vinculado en el juego combinado de los arts. A y B. Es un paso efectivamente decisivo, dentro de un proceso de avance hacia una mayor protección de los derechos sociales. En este sentido, no sólo las condiciones de obligatoriedad son más exigentes, como se corresponde también con una versión de la Carta más completa y posterior en el tiempo, sino que, además, esta mayor exigencia se establece en un contexto de respeto y aseguramiento de los niveles alcanzados, extremando las precauciones para afianzar, intentando a la vez avanzar en algunos aspectos y no retroceder en ninguno de ellos».

⁵² Como bien ha precisado, con respecto a la actividad del CEDS, BRILLAT, R.: «La Charte sociale européenne et le contrôle de son application», en ALUPRANTIS, N. (Ed.): *Les droits sociaux dans les instruments internationaux européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 44: «el término "jurisprudencia" utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación».

⁵³ <http://hudoc.esc.coe.int> (*Base de données de la jurisprudence de la Charte sociale européenne/European social Charter Case Law Database*).

contra Bulgaria), resuelta mediante decisión de fondo de 5 de junio de 2008. En ella declaró la vulneración del artículo 17.2 de la Carta revisada (protección de menores), considerado aisladamente (apartado 48 de la decisión de fondo) y en conjunción con el artículo E (principio de no discriminación) de la Carta revisada (apartado 54), en la medida en que las tasas de acceso de menores con discapacidad al sistema educativo (en las estructuras del régimen general o, en su defecto, en estructuras especializadas) comportaba un agravio comparativo con relación a los demás niños.

Pues bien, lo más interesante radicó no tanto (o no sólo) en la decisión de fondo, sino en el hecho (procedimental) de que el CEDS no aceptara la excepción de inadmisibilidad de la reclamación suscitada por el Gobierno búlgaro basándose en que Bulgaria no había aceptado el artículo 15 (*derechos de las personas con discapacidad*) al ratificar la Carta revisada; siendo ello así, el CEDS hace valer la *vía de conexión o extensión de derechos*, de modo que la situación denunciada referente a los niños con discapacidad en el ámbito educativo era susceptible de análisis (y, por ende, admisible) bajo el ángulo del derecho de los niños y los adolescentes a la protección jurídica, social y económica (artículo 17 de la Carta revisada, sí aceptado por Bulgaria), pues esta última disposición concierne a todos los niños y, por consiguiente, también a los afectados por alguna discapacidad (apartados 33 y 34)⁵⁵.

⁵⁵ Al margen de esa interpretación sistemática interna, en su fundamentación jurídica el CEDS es coherente (en términos de interpretación sistemática externa) con la necesaria interrelación de los diversos mecanismos internacionales de protección de derechos humanos; a tal efecto, acude al dictar su decisión de fondo (apartado 37) a los criterios de dotación, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad establecidos en este terreno por la Observación General n° 14 sobre el derecho a la educación elaborada por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales del Pacto internacional de 1966 (documento E/C.12/1999/10 de 8 de diciembre de 1999, apartado 6), en la que se sostiene que los centros de enseñanza y los programas educativos deben ser accesibles a todos, sin discriminación, y que la enseñanza debe ser concebida de tal forma que responda a las necesidades de niños que tengan dificultades específicas.

Desde esta óptica, en el Preámbulo de la CSE revisada de 1996, los Gobiernos signatarios de los países miembros del Consejo de Europa recuerdan «que la Conferencia Ministerial sobre los derechos humanos, celebrada en Roma el 4 de noviembre de 1990, subrayó la necesidad, por una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales y, por otra parte, de dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso». Así las cosas, si la CSE del Consejo de Europa pasa por ser el tratado internacional de derechos sociales más importante que, con mecanismos novedosos como el sistema de reclamaciones colectivas, está en condiciones de erigirse en modelo de referencia para otros instrumentos del género como el Pacto de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 de la ONU o el Protocolo de San Salvador de 1988 de la OEA, esa posición referencial debe ser reconocida asimismo en el contexto europeo, lo que equivale a sostener: de un lado, que en el ámbito del Consejo de Europa la Carta Social debe dejar de ser la «hermana pobre» del Convenio de Roma de 1950 y, consecuentemente, habría de ser calificada como baremo de democracia social cuya ratificación se impusiera para la misma adhesión al Consejo de Europa, como tuvo ocasión de recomendar su Asamblea Parlamentaria en 1991⁵⁶, lo mismo que ocurre con el CEDH como parámetro de democracia política.

En definitiva, entiendo apriorísticamente que el sistema de aceptación o ratificación «a la carta» de la CSE de 1961 (que, como se dijo, se ha mantenido o reproducido en la CSE revisada de 1996) habría resultado pernicioso para la evolución del tratado y sus reformas, pues cada modificación ha acentuado las asi-

⁵⁶ Concretamente, en su *Recomendación 1168 (1991) de 24 de septiembre de 1991, relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa*, la Asamblea Parlamentaria subrayaba que «la aplicación de normas suficientemente próximas en materia de derechos sociales, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa».

metrías entre las Partes Contratantes. Bajo tal ángulo, los *Trabajos Preparatorios*, incluso en la última fase (en 1958) bajo el impulso de la OIT, pusieron de manifiesto que semejante mecanismo de asunción asimétrica de los compromisos sociales era verdaderamente excepcional en el marco de la propio OIT. Así, se advirtió que «*la gran mayoría de los convenios de la OT no contienen ninguna disposición que permita una aplicación parcial o una puesta en práctica por etapas. Sin embargo, ocho Convenios de la OIT contienen cláusulas en virtud de las cuales los Estados que los ratifiquen son libres para no aceptar todas las disposiciones de fondo de esos instrumentos. La redacción de tales cláusulas varía de un convenio al otro, pero todas ellas prevén que los Estados que hayan ratificado el Convenio se comprometen a observar un número mínimo de partes del Convenio, algunas de las cuales son de aplicación obligatoria*»⁵⁷.

En contrapartida, cabría esgrimir que esa Europa social «a varias velocidades» también ha sido ensayada en la Unión Europea, con cláusulas de salida o exclusión (*opt-out*) que han permitido avanzar a «pequeños pasos» (según la filosofía de la Declaración Schuman de 1950). Así, por mencionar ejemplos significativos, el Reino Unido ya quedó fuera incluso inicialmente (frente a los otros once países de la «Europa de los Doce» a la sazón) de un instrumento no vinculante como fue la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, o provocó que los avances en política social se recondujeran a un Protocolo anejo al Tratado de Maastricht de 1992, por no hablar del Protocolo n° 30 anejo al Tratado de Lisboa de pretendida exclusión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

Lamentablemente, tanto el sistema de ratificación «a la carta» (previsto en el texto del tratado de 1961 y en el revisado de 1996) como el diverso grado de asunción de las mo-

dificaciones, han generado unas inaceptables asimetrías y velocidades en la *Europa social*: entre los Estados Miembros del Consejo de Europa (47) que han aceptado la CSE (43) y los que no (todavía siguen con dicha asignatura pendiente Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza); entre los Estados que han ratificado la CSE revisada de 1996 (34) y los que todavía siguen vinculados por la CSE original de 1961 (9), y entre los que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas (15) y todos los demás. Precisamente, la *Declaración de 12 de octubre de 2011 del Comité de Ministros del Consejo de Europa* sobre el quincuagésimo aniversario de la CSE de 1961, postuló la necesidad de acabar con esas inaceptables asimetrías de la *Europa social*.

En lo que afecta a España, nuestro país no es precisamente ejemplar: ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980, así como los Protocolos de 1988 y de 1991 en fecha 24 de enero de 2000, sin que todavía haya aceptado el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento) ni la CSE revisada de 1996 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000)⁵⁸. Lo cierto es que los actos de conmemoración del 40° aniversario de la adhesión de España al Consejo de Europa (celebrados el 23 de noviembre de 2017 en Madrid en las sedes del Congreso de los Diputados y del Senado) hubieran sido una ocasión simbólica y propicia para mostrar el verdadero apego a los valores y pilares del Consejo de Europa (Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia, también en su vertiente social) mediante la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas y

⁵⁷ *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. V (1958), p. 299.

⁵⁸ Curiosamente, como se indicó, España sí ratificó, el 23 de septiembre de 2010, el más reciente Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008, y mediante el que se establece un mecanismo de comunicaciones o denuncias individuales similar al instaurado a través de otros instrumentos de Naciones Unidas (Protocolos Facultativos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos o a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial).

de la CSE revisada de 1996. Reto que impulsa el Consejo de Europa en el marco del ya reseñado «proceso de Turín».

3.2.4. *El debate sobre las sinergias con la Unión Europea*

Como se indicó, las sinergias de la CSE con la Unión Europea constituyen uno de los desafíos fundamentales del actual «proceso de Turín». Tales sinergias deben promoverse tanto en el plano legislativo como en el terreno jurisprudencial, para evitar conflictos normativos y discrepancias interpretativas. Las interacciones normativas entre la CSE y las normas sociales de la Unión han aflorado con naturalidad⁵⁹.

Desde el lado de la Unión Europea, tanto las normas originarias como las derivadas, reenvían a las del Consejo de Europa a efectos interpretativos⁶⁰. Ahora bien, sin perjuicio de la mencionada «doctrina Bosphorus» asumida por el TEDH como presunción de conformidad del Derecho de la Unión con el CEDH, el CEDS no ha aceptado esa misma presunción con la CSE⁶¹. Es en dicho plano en donde se revelaría interesante la adhesión de la Unión a

la CSE, como se propugnó en la *Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2010 sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al CEDH* (apartados 30 y 31).

Dicho lo cual, en los momentos iniciales de elaboración de la CSE de 1961 ya se plantearon las sinergias con las entonces Comunidades Europeas o, más exactamente, con la CECA creada mediante el Tratado de París de 1951, así como con otras organizaciones internacionales. Pero, en cualquier caso, se realizó la singularidad de Consejo de Europa y su potencial impacto en el ámbito social, que debería redundar en una protección al alza.

En tal contexto, Henri C.J. Heyman, en el seno de la Asamblea Consultiva (Asamblea Parlamentaria), sostuvo el 23 de septiembre de 1953 que el hecho de que otra organización se haya ocupado o se esté ocupando de algún problema no debe impedir al Consejo de Europa que actúe en el mismo ámbito, desde «*un plano diferente y con métodos diferentes*», recordando que el Consejo de Europa ha suscrito acuerdos especiales de trabajo, entre otras organizaciones, con la OIT, con las Naciones Unidas, con la Organización Mundial de la Salud o con el Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas. Tales acuerdos han permitido al Consejo de Europa «*colaborar y persiguen prevenir cualquier riesgo de solapamiento*»⁶².

En lo atinente a la Europa comunitaria, Heyman apuntó que el Consejo de Europa y la CECA deberían concertarse en el futuro, con objeto de adoptar, en la medida de lo posible, para cuestiones de interés común, «*reglas que puedan convenir a la Comunidad de los Seis y a los otros Estados Miembros del Consejo de Europa. Por tal razón, la Asam-*

⁵⁹ FLAUSS, J.F.: «Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales», en JIMENA QUESADA, L. (Coord.): *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 25-54.

⁶⁰ En el caso de la Carta Social Europea, su presencia en el Derecho primario y secundario de la Unión Europea se ilustra exhaustivamente en el Documento de trabajo del Comité Europeo de Derechos Sociales titulado *La relation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne/The relationship between European Union law and the European Social Charter*, Strasbourg, 15 de julio de 2014, en particular pp. 8 a 23 (acceso en: <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/documentation>).

⁶¹ A título de ejemplo, véase el rechazo de la «doctrina Bosphorus» en dos Decisiones del CEDS de 23 de junio de 2010 de resolución de sendas reclamaciones (nº 55/2009, *Confederación general del trabajo, CGT c. Francia*, y nº 56/2009, *Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos, CFE-CGC c. Francia*). Vid. Asimismo STANGOS, P.: «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité Européen des Droits So-

ciaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, nº 2, 2013, especialmente pp. 367-375.

⁶² *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, Vol. I (1953), p. 15.

blea, en su Resolución 31, relativa a las relaciones con la Alta Autoridad de la CECA, adoptada el 23 de junio de 1953, ya preconizó la organización de reuniones entre los diferentes órganos de las dos organizaciones. Tales reuniones no serían sino provechosas para ambas organizaciones. El segundo objetivo del Consejo de Europa debería apuntar a armonizar, en la medida de lo posible, las legislaciones, tendiendo hacia una cierta unificación o igualdad de los sistemas sociales. En efecto, conviene dotar a Europa de bases sólidas, no sólo aboliendo, en el marco de los países miembros, las discriminaciones entre trabajadores, sino asimismo propiciando que gocen, en la medida de lo posible, de una condición social sensiblemente análoga en los diferentes países»⁶³.

Sea como fuere, Heyman subrayó que «los objetivos del Consejo de Europa difieren en cierta medida de los de las demás organizaciones internacionales», dado que, si bien comparte con ellas el promover el progreso social, el Consejo de Europa se impone igualmente la realización de una unión más estrecha entre sus Estados Miembros; y esos objetivos exigen lógicamente que «vaya más lejos que esas organizaciones en el ámbito social»⁶⁴. En tal cometido, añade Heyman, «nos hemos fijado dos principios: de un lado, la supresión de las discriminaciones y, de otro, la armonización y la coordinación sociales. Estos grandes principios, deben inspirar nuestros trabajos en el futuro y constituir las grandes líneas directrices en el ámbito social. Se trata evidentemente de una armonización al alza, de una armonización que tiene como fin alcanzar estándares de vida elevados. Formulamos el designio de que estos grandes principios queden definitivamente establecidos, insertados en una carta social y puestos en práctica»⁶⁵.

4. REFLEXIONES FINALES. LA MODERNIZACIÓN DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS DE LA CARTA SOCIAL: LA CONSOLIDACIÓN DE LA PARIDAD (Y DE LA SINGULARIDAD) CON RESPECTO AL CONVENIO EUROPEO

4.1. Sinergias entre el «proceso de Turín» (CSE) y el «proceso de Roma» (CEDH)

Si nos remontamos a los *Trabajos Preparatorios* de la CSE de Turín de 1961, es posible comprobar que, aunque se siguiera incidiendo en la «naturaleza jurídica» parcialmente diversa del CEDH de Roma de 1950 y de la CSE, lo bien cierto es que hasta la fase final de elaboración de ésta bajo el impulso de la OIT (en 1958) se siguió preservando un ostensible paralelismo entre ambos tratados. Como ilustración de ello, llegó a plantearse la posibilidad de que se adhirieran a la CSE Estados que no fueran miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, semejante posibilidad quedó finalmente descartada, como en el caso del CEDH⁶⁶. Como es sabido, otros tratados del Consejo de Europa sí resultan accesibles para países no miembros, incluidos los integrantes de otros continentes⁶⁷.

Ya descartada la idea de «anexión» de la CSE al CEDH, sí son importantes las sinergias y «pasarelas»: así, al margen de las interacciones jurisprudenciales entre el TEDH y el CEDS, deben fortalecerse y seguir fomentándose las relaciones informales entre ambas instancias, ya sea en el plano de las respectivas Secretarías (servicios administrativos, jurídicos e informáticos), ya sea entre los magistrados del TEDH y los miembros del CEDS: a título de ejemplo, cabe citar el encuentro del

⁶⁶ Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, Vol. V (1958), p. 629.

⁶⁷ Así sucede, por ejemplo, con el Convenio nº 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

⁶³ *Ibidem*, p. 18.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 19.

Presidente a la sazón del TEDH (Dean Spielmann) y el CEDS, el 13 de mayo de 2013 en la sede de éste en Estrasburgo (en el edificio «Agora» del Consejo de Europa); reunión en la que se acordó que semejante encuentro se celebre anualmente de modo alternativo en la sede del TEDH y en la del CEDS⁶⁸.

4.2. Autonomía de Turín y de Roma

La autonomía deriva de la singularidad de la CSE que, como ha sido analizado, quedó patente (tanto con respecto al CEDH como con relación a otros instrumentos internacionales) en el desarrollo de sus *Trabajos Preparatorios*. Desde este punto de vista, la experiencia del TEDH (sin duda exitosa en su condición de «buque insignia» del Consejo de Europa, pero sometido asimismo a una enorme saturación de asuntos y abocado a utilizar un duro filtro de admisibilidad para las demandas individuales) parece conducir razonablemente a abandonar una anhelada idea de crear una Sala Social en su seno y, por los mismos motivos, a descartar que al CEDS se atribuya competencia contenciosa para examinar demandas individuales⁶⁹.

Diversamente, se me antoja más realista y, sobre todo, efectivo en términos de protección de los derechos sociales, seguir reforzando el específico procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS. Este presenta la virtud de no verse condicionado por la regla del agotamiento de los recursos internos y, consecuentemente, se muestra idóneo para resolver en plazos muy razonables, además de proyectar con ello un efecto preventivo nada despre-

ciable (la rápida resolución de los asuntos es susceptible de evitar litigios a escala nacional que luego se prolonguen en Estrasburgo ante el TEDH).

La reseñada singularidad de la CSE y del CEDS no es óbice, indudablemente, para aprovechar los institutos potencialmente positivos y la experiencia favorable del TEDH. A título ilustrativo, tal como ya comenté, aspectos procedimentales relativos al TEDH (como las medidas cautelares —«medidas inmediatas» para el CEDS— o la figura del «amicus curiae») han inspirado su incorporación al procedimiento ante el CEDS. Con ese enfoque, la posibilidad para las jurisdicciones supremas de los Estados Miembros de consultar al CEDS, a semejanza de lo establecido en el Protocolo nº 16 al CEDH con respecto al TEDH, no parece una idea descartable.

Tampoco estaría de más, en otro plano, que el Comité de Ministros del Consejo de Europa dotara de más visibilidad a la CSE y al CEDS a través de un informe anual sobre la supervisión de las conclusiones y las decisiones del CEDS, de manera análoga a cómo opera con respecto al CEDH. O extender el soporte del Fondo Fiduciario a las conclusiones y decisiones adoptadas por el CEDS, lo mismo que se realiza con las sentencias del TEDH.

De todos modos, y llegados a este punto, el verdadero espacio que debe corresponder a la CSE desde sus orígenes y a la luz de sus *Trabajos Preparatorios*, tanto en el sistema internacional de derechos humanos (y, dentro de él, entre los propios instrumentos del Consejo de Europa⁷⁰) como en los sistemas constitucionales, sólo se llenará a través de la difusión de este tratado, catalogado como «Constitución social de Europa» por el actual Secretario General⁷¹

⁶⁸ Véase JIMENA QUESADA, L.: «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», en LÓPEZ GUERRA, L. y otros (Coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 119-133.

⁶⁹ NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: «Hacia una reforma de la Carta Social Europea: Propuestas para seguir avanzando en la justicia de los derechos sociales», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 26, 2016, especialmente pp. 120-122.

⁷⁰ Sobre el lugar que ocupa la CSE en el organigrama del Consejo de Europa, léase el trabajo de LEUPRECHT, P.: «La place de la Charte sociale européenne dans les travaux du Conseil de l'Europe», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992, pp. 25 y ss.

⁷¹ Véase el Informe de 2015 del Secretario General del Consejo de Europa, Thorbjørn Jagland, sobre el *Estado de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho en*

y en la doctrina⁷². Con tal espíritu, casi veinte años después de su firma en Turín en 1961, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, tras resaltar el alcance de la Carta Social como instrumento de progreso social, puso de manifiesto que todavía no era suficientemente conocida ni entre los medios interesados (los interlocutores sociales —empleadores y trabajadores, básicamente—), ni entre el gran público; por ello, hizo un llamamiento a los Gobiernos para que incrementaran la información sobre la Carta, implicando en dicha tarea a los medios de comunicación social en la medida de lo posible⁷³. En la práctica, el desconocimiento de la Carta Social Europea del Consejo de Europa lleva a confundirla con la Carta comunitaria de 1989 (que, en determinados ámbitos, en la línea de esa confusión, ha sido llamada también «Carta Social Europea»⁷⁴).

Y es que, para concluir, ya sólo entre el más de un centenar de instrumentos del Consejo de Europa (sin siquiera contar con la «pugna» frente a los instrumentos de la Unión Europea), se revela difícil, pero inexcusable, en términos de inflación normativa, no ignorar la Carta Social

Europa. Una responsabilidad compartida para la seguridad democrática en Europa (presentado en la 125ª sesión del Comité de Ministros en Bruselas, el 19 de mayo de 2015); se subraya una vez más (pág. 76) que la CSE «representa la *Constitución social de Europa* y es un componente esencial de la arquitectura de los derechos humanos del continente», incidiéndose en la colaboración entre el Consejo de Europa y la UE en el ámbito de los derechos sociales.

⁷² Por todos, DE SCHUTTER, O. (Coord.): *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe/La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

⁷³ *Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 839 (1978) relativa a la revisión de la Carta Social Europea* (28 de septiembre de 1978, Rapport: Doc. 4198).

⁷⁴ Recuérdese que, por ejemplo, en el programa electoral y campaña de Tony Blair para las elecciones de 1 de marzo de 1997 en las que resultó vencedor frente al candidato a la sazón Primer Ministro John Major, prometía como uno de sus objetivos la asunción de la «Carta Social Europea», refiriéndose realmente a la Carta comunitaria de derechos fundamentales de los trabajadores de 1989 (la del Consejo de Europa de 1961 ya la había ratificado el Reino Unido en fecha 11 de julio de 1962), de la que el Reino Unido —como ya se dijo— decidió quedar excluida frente a los otros once países miembros de la entonces «Europa de los doce».

Europea del Consejo de Europa tanto por parte de los juristas como por parte de la ciudadanía⁷⁵, lo que apela a una constante cultura democrática *social* de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, nº 67, 2006.

BELORGEY, J.M.: «Le Conseil de l'Europe au milieu du gué», *Revue administrative*, nº 372, 2010.

BRILLAT, R.: «La Charte sociale européenne et le contrôle de son application», en ALIPRANTIS, N. (Ed.): *Les droits sociaux dans les instruments internationaux européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

— «La Charte sociale européenne révisée: sa contribution à la mise en oeuvre effective e la Déclaration universelle des droits de l'homme», en AA.VV.: *La Déclaration universelle des droits de l'homme 1948-2008. Réalité d'un idéal commun*, Paris, La Documentation Française, 2009.

CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, nº 2, 1991.

⁷⁵ En conexión con estos problemas de inflación legislativa, que influyen en ese desconocimiento del gran número de instrumentos nacionales e internacionales de protección de derechos humanos, la *Recomendación 1458 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, tras recordar que existen más de 175 Convenios y protocolos concluidos en el marco del Consejo de Europa, estima necesaria y recomienda al Comité de Ministros la creación de una «autoridad judicial general» para lograr una interpretación uniforme de los textos jurídicos adoptados, dado que gran parte de dichos Convenios carecen de mecanismos destinados a asegurar el control, la aplicación e interpretación homogénea de ellos. Dicha autoridad judicial tendría esencialmente tres tipos de competencias: emitir dictámenes vinculantes sobre la interpretación de los convenios, emitir dictámenes no vinculantes a petición de uno o varios Estados Miembros, y dictar decisiones prejudiciales previa solicitud de un tribunal nacional de forma análoga a lo previsto en el Tratado de la Comunidad Europea (el ponente de dicha recomendación, proponía la creación de un nuevo Tribunal que al principio sólo contaría con 5 ó 7 jueces pero que podría aumentarse posteriormente. A su entender, tendría a reforzar la coherencia entre los Estados Miembros y daría mayor peso al Consejo de Europa frente a la Carta de los derechos humanos elaborada en el ámbito de la Unión Europea).

- CHATTON, G.T.: «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», *Revista de Derecho Político*, nº 73, 2008.
- CLAPHAM, A.: «Is there any Competition between the two Social Charters?», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992.
- DE SCHUTTER, O. (Coord.): *The European Social Charter: A Social Constitution for Europe / La Charte sociale européenne: Une constitution sociale pour l'Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010.
- ENRICH MAS, M.: «Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme», *Affari internazionali*, nº 1, 1992.
- FLAUSS, J.F.: «Las interacciones normativas entre los instrumentos europeos relativos a la protección de los derechos sociales», en JIMENA QUESADA, L. (Coord.): *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- HARRIS, D.: *The European Social Charter*, University Press of Virginia, 1984.
- JIMENA QUESADA, L.: «Profils juridictionnels et effectivité des décisions du Comité européen des Droits sociaux», en ROMAN, D. (Dir.), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, Pedone, 2012.
- «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», en LÓPEZ GUERRA, L. y otros (Coords.): *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro. En homenaje al Juez Josep Casadevall*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- LEÃO, R.Z.R.: *Os direitos económicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, Porto Alegre, Nuria Fabris Editoria, 2009.
- LEUPRECHT, P.: «La place de la Charte sociale européenne dans les travaux du Conseil de l'Europe», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.): *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- MÁRQUEZ PRIETO, A.: «Obligaciones y vínculos. Artículos A y B de la Carta Social Europea», en MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coord.): *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017.
- NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: «Hacia una reforma de la Carta Social Europea: Propuestas para seguir avanzando en la justiciabilidad de los derechos sociales», *Revista Española de la Función Consultiva*, nº 26, 2016.
- PÉREZ ALBERDI, M.R.: «La protección de los derechos sociales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en TEROL BECERRA, M., y JIMENA QUESADA, L. (Dir.): *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- RUSSO, C.: «Le rôle joué par le professeur Pierre-Henri Teitgen dans l'élaboration de la Convention Européenne des droits de l'homme», en TEITGEN-COLLY, C. (Ed.): *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- STANGOS, P.: «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, nº 2, 2013.
- TULKENS, F.: «Les relations entre économie et droits de l'homme coûte qui coûte!», en RAIMONDI, G. et al. (Eds.): *Human Rights in a Global World. Liber amicorum Judge Luis López Guerra*, Oisterwijk, Wolf Publishers, 2018.
- VERDIER, J.M.: «Protection et justiciabilité des droits sociaux», *Affari sociali internazionali*, nº 1, 1992.
- WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif sur la Charte sociale européenne», en el colectivo *La Charte sociale européenne. Dix années d'application*, Bruxelles, Université Libre de Bruxelles, 1978.
- WILLEM HERINGA, A.: «Droits sociaux: le défi de l'indivisibilité et de l'interdépendance», rapport présenté dans le cadre du Colloque régional européen sur *L'effectivité de la protection des droits de l'homme 50 ans après la Déclaration Universelle*, Strasbourg 11 août 1998.

RESUMEN

El presente trabajo pretende rescatar y subrayar la importancia del «originario proceso de Turín» que condujo a la adopción de la Carta Social Europea de 1961 con objeto de comprender mejor los desafíos del «actual proceso de Turín» lanzado en 2014. A tal efecto, se toman en consideración como base de la reflexión los interesantes materiales y discusiones que nos ofrecen los «Trabajos Preparatorios» de la Carta de Turín de octubre de 1961.

En efecto, la primera parte aborda críticamente la posición relegada de la Carta Social de 1961 en comparación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, lo cual se desprende de un inicial examen de los Trabajos Preparatorios tanto del Convenio como de la Carta. A continuación, el autor explica el complejo procedimiento de elaboración de la Carta Social bajo el impulso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

La parte central del trabajo pone el foco de atención en los desafíos actuales del proceso de Turín a la luz de los Trabajos Preparatorios de la Carta Social de 1961. En este sentido, el autor enfatiza que la Carta Social ya fue concebida realmente como el verdadero Pilar Europeo de los Derechos Sociales que era necesario para la reconstrucción social del continente tras la Segunda Guerra Mundial. En particular, desde el comienzo de los Trabajos Preparatorios quedó claro que, sin perjuicio de la experiencia positiva de negociación de otros instrumentos sectoriales (como el Código Europeo de Seguridad Social), debía prevalecer la opción más ambiciosa de elaborar un instrumento general (una Carta Social Europea). Con tal apuesta, se mostraba una amplia concertación económica y social sobre capítulos esenciales para la construcción de un modelo social europeo.

Desde esta perspectiva, los Trabajos Preparatorios revelan que la indivisibilidad de todos los derechos humanos y, consecuentemente, la garantía efectiva de los derechos sociales, era una exigencia establecida por el Estatuto del Consejo de Europa. Por tanto, los tres pilares del Consejo de Europa (Estado de Derecho, Democracia y Derechos Humanos) debían leerse asimismo en su dimensión social (Estado Social, Democracia Social y Derechos Sociales).

En este contexto, si el Convenio Europeo persiguió asegurar una primera garantía de algunos derechos (básicamente civiles y políticos) de la Declaración Universal de 1948, los Trabajos Preparatorios ponen de manifiesto que la Carta Social debía establecer la garantía colectiva de los derechos sociales contenidos en la propia Declaración. Desafortunadamente, la «solución social europea» (dos documentos separados reconociendo catálogos diversos derechos e instaurando garantías desiguales) fue más tarde asumida en Naciones Unidas (mediante los dos Pactos internacionales de 1966).

De hecho, las negociaciones de la Carta Social fueron fruto de un difícil consenso que condujo a reflejar incluso una quiebra del principio de indivisibilidad dentro del propio catálogo de la Carta. La introducción de una cláusula de aceptación «a la carta» es un claro reflejo de ello y, en cierta medida, un precedente de las «cláusulas de salida» incorporadas en la dinámica de negociación y adopción de los instrumentos de derechos sociales en el seno de la Unión Europea.

Por otra parte, el debate actual sobre las sinergias con la Unión Europea en el marco del proceso de Turín ya estuvo presente en las negociaciones de la Carta Social de 1961. El autor analiza, a través de los Trabajos Preparatorios de la Carta Social, la atención prestada a las relaciones, primero con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y luego con las otras dos Comunidades Europeas (CEE y EURATOM) y otras organizaciones internacionales. No obstante, los trabajos preparatorios de la Carta Social enfatizaron que los objetivos del Consejo de Europa difieren en cierta medida de los de las demás organizaciones internacionales, pues mientras éstas tienen como cometido primor-

dial promover el progreso social, el Consejo de Europa impone igualmente la realización de una unión más estrecha entre sus Estados Miembros, de conformidad con el artículo 1 de su Estatuto. Desde este punto de vista, los redactores de la Carta Social adoptaron dos principios fundamentales: de un lado, la supresión de las discriminaciones y, de otro, la armonización y la coordinación sociales como directrices generales de una política social común. Ello implicaba una armonización al alza, con el fin de alcanzar estándares de vida elevados.

El análisis se completa con aproximación al actual proceso de Turín basada en una especie de «modernización de los Trabajos Preparatorios de la Carta Social», con objeto de consolidar la paridad de ésta y del Convenio Europeo. Sin embargo, el autor considera que dicha paridad debe poner el acento en la naturaleza vinculante de los dos tratados internacionales y la efectividad de los derechos que ambos reconocen. Desde este punto de vista, la paridad no debe significar un mimetismo en la configuración de ambos instrumentos europeos, de forma que el «proceso de Turín» de la Carta Social y el «proceso de Roma» del Convenio Europeo sean capaces de mantener cierta autonomía para mejorar su respectivo rendimiento. Además, el impulso dado al «proceso de Turín» es un desafío para todos nosotros para actuar con determinación. Los desarrollos positivos con respecto a la Carta desde sus orígenes reflejan un proceso de inmutabilidad más que de regresión y revelan la debilidad de los argumentos «anticrisis» (o, en otras palabras, la crisis de ideas anticrisis, pues el coste de no proteger los derechos sociales es mucho más alto que el de salvaguardarlos).

Con tal espíritu, el autor incluye algunas consideraciones y propuestas finales de optimización del actual proceso de Turín aprovechando la experiencia de los Trabajos Preparatorios de la Carta Social Europea, en un doble sentido: de un lado, extendiendo a la Carta Social algunos elementos evolutivos del Convenio Europeo (por ejemplo, que el Comité Europeo de Derechos Sociales pueda tener competencia consultiva similar a la establecida mediante el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo), pero manteniendo los elementos propios de la Carta que tienen éxito (por ejemplo, reforzar el procedimiento de reclamaciones colectivas, en lugar de insistir en el establecimiento de un mecanismo de demandas o peticiones individuales); y, de otro lado, extendiendo asimismo a la Carta Social algunas de las sinergias con la Unión Europea atribuidas al Convenio Europeo (por ejemplo, la adhesión de la Unión al Convenio), pero manteniendo el Comité Europeo de Derechos Sociales y los intercambios institucionales (por ejemplo, con la Comisión Europea, y no sólo «diálogo judicial» con el Tribunal de Justicia) susceptibles de contribuir a una mejor calidad de las normas sociales de la Unión.

Palabras clave: Comité Europeo de Derechos Sociales; protección multinivel; diálogo judicial; constitucionalismo social; principio *favor libertatis*.

ABSTRACT

This essay aims at rescuing and underling the importance of the «original Turin process» that led to the adoption of the 1961 European Social Charter in order to better understand the challenges of the «current Turin process» launched in 2014. To this end, the interesting materials and discussions offered by the «Preparatory Works» of the Turin Charter of October 1961 are taken into consideration as a basis for reflection.

Indeed, an initial examination of the Preparatory Works of both the Convention and the Charter shows the relegated position of the 1961 Social Charter in comparison with the 1950 European Convention on Human Rights, which is critically addressed in the first part of this paper. The author also explains the complex drafting procedure of the Social Charter under the impulse of the International Labor Organization (ILO).

The central part of this paper focuses on the current challenges of the Turin process in light of the Preparatory Works of the 1961 Social Charter. In this sense, the author emphasizes that the Social Charter was already conceived as the rue European Pillar of Social Rights that was necessary for the social reconstruction of the continent after the Second World War. In fact, from the beginning of the Preparatory Works, it was clear that, without prejudice to the positive negotiating experience concerning other sectoral instruments (such as the European Code of Social Security), the most ambitious option of developing a general instrument (a European Social Charter) should prevail. Such commitment showed a broader economic and social concertation on essential chapters for the construction of a European social model.

Moreover, the Preparatory Works reveal that the indivisibility of all human rights, and consequently, the effective guarantee of social rights, was a requirement established by the Statute of the Council of Europe. Therefore, the three pillars of the Council of Europe (Rule of Law, Democracy and Human Rights) should also be read in this light (Social State, Social Democracy and Social Rights).

In this context, if the European Convention sought to guarantee some civil and political rights found in the 1948 Universal Declaration, the Preparatory Works show that the Social Charter should establish the collective guarantee of those social rights also enshrined in said Declaration. Unfortunately, the «European social solution» (two separate documents recognizing diverse catalogues of rights and establishing unequal guarantees) was later assumed within the United Nations (through the adoption of the two 1966 International Covenants).

In fact, the negotiations of the Social Charter were the result of a difficult consensus leading even to a breach of the principle of indivisibility within the Charter's catalogue. The introduction of *à la carte* acceptance clauses clearly reflects this and, to a certain extent, reflects a precedent of the «opt-out clauses» incorporated in the negotiation and adoption dynamics of social rights instruments within the European Union.

On the other hand, the current debate on synergies with the European Union within the framework of the Turin process was present in the negotiations of the 1961 Social Charter as well. The author analyses, through the Preparatory Works of the Social Charter, the attention paid to the different relations; first with the European Coal and Steel Community (ECSC) and then with the other two European Communities (EEC and EURATOM) and other international organisations. However, the Preparatory Works of the Social Charter emphasized that the aims of the Council of Europe are somewhat different from those of other international organisations. Whereas the latter are primarily concerned with the promotion of social progress, the Council of Europe has another and more important aim, namely to bring about closer union between the Member States, in accordance with Article 1 of its Statute. From this point of view, the drafters of the Charter adopted two major principles: the abolition of discrimination and social harmonisation and co-ordination as general guidelines to the common social policy. This harmonisation implied a levelling upwards, the aim being to achieve a high standard of living.

The analysis is completed with an approach to the current Turin process based on a kind of «modernization of the Preparatory Works of the Social Charter», in order to consolidate the parity of said instrument and the European Convention. However, the author considers that such parity should emphasize the binding nature of the two international treaties and the effectiveness of the rights that both recognize. From this point of view, parity should not mean a mimicry in the configuration of both European instruments, so that the «Turin process» of the Social Charter and the «Rome process» of the European Convention are able to keep certain autonomy to enhance their respective performances. In addition, the impetus given to the «Turin process» is a challenge to us all to act with determination. All positive developments concerning the Charter since its origins reflect a process of immutability rather than one of regression and reveal the shortcomings of the «anti-crisis» arguments (or, in other words, the crisis of anti-crisis ideas, as the cost of not protecting social rights is much higher than that of safeguarding them).

With such a spirit, the author includes some final considerations and proposals to optimize the current Turin process by taking advantage of the experience of the Preparatory Works of the European Social Charter, from a dual perspective. On the one hand, the author proposes extending some evolutionary elements concerning the European Convention to the Social Charter (for example, that the European Committee of Social Rights may have consultative competence similar to that established by Protocol No. 16 to the European Convention), but retaining the «successful» elements of the Charter (for example, strengthening the collective complaint procedure, instead of insisting on the establishment of a mechanism of individual applications or petitions). On the other hand, the author suggests extending some of the synergies with the European Union conferred to the European Convention to the Social Charter (for example, the accession of the Union to the Convention), but maintaining the European Committee of Social Rights institutional exchanges (for example, with the European Commission, and not just «judicial dialogue» with the Court of Justice). All of which will contribute to a better quality of the Union's social legislation.

Keywords: European Committee of Social Rights; multi-level protection; judicial dialogue; social constitutionalism; principle of *favor libertatis*.

La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)

The reception of the European Social Charter in the Spanish Law: legal, political and institutional aspects, (1978-2018)

GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ*

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos, debido a su propia naturaleza, han sido tradicionalmente una de las materias a las que el derecho internacional ha prestado singular atención. En el ámbito europeo, los derechos humanos constituyen el núcleo esencial de la cultura jurídica contemporánea, configurándose como pilar fundamental sobre el que se han cimentado en Europa sistemas, organismos e instituciones supranacionales dirigidos al reconocimiento, protección y salvaguarda de tales derechos. Esta estructura institucional supranacional, conformada en buena parte a partir de la acción del Consejo de Europa, se ha constituido para los ciudadanos europeos en un cauce de referencia para la defensa y garantía de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Enmarcada en la acción del Consejo de Europa, la Carta Social Europea (CSE) es un tratado internacional que fue firmado en su versión originaria en Turín el 18 de octubre de 1961, entrando en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. La CSE contiene la declaración de derechos sociales más completa del ámbito europeo, y su alcance supera en este sentido a otros instrumentos, como la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹.

La CSE se presenta como el instrumento «más emblemático del derecho europeo de los derechos sociales o, si se prefiere, del derecho social de los derechos humanos»², constituyendo un complemento indispensable del CEDH, al integrar las lagunas de este en cuanto a los derechos sociales. Se perfecciona, en consecuencia, con la CSE, un sistema europeo de

¹ JIMENA QUESADA, L., «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España», en JIMENA QUESADA, L. (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 137. Sobre los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *vid.* el completo estudio de TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92 (2011), pp. 53-74.

² JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C., «Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea», *Revista de Administración Pública*, vol. 47 (2016), p. 276.

* Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Internacional de La Rioja (UNIR).

protección de los derechos humanos en toda su extensión, cumpliendo con ello, al menos en un plano de técnica jurídica, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos en el ámbito europeo³.

Ambos instrumentos, CEDH y CSE, se incardinan en la denominada fase de humanización del derecho internacional contemporáneo⁴, si bien presentan notables asimetrías entre ellos, que de facto dificultan la perseguida indivisibilidad de los derechos humanos⁵. Con todo, y sin desconocer las diferencias sustanciales que separan ambos tratados, y que principalmente residen en sus procedimientos de control y cumplimiento, tanto el CEDH como la CSE obedecen a la misma finalidad esencial, no resultando posible una interpretación aislada de sus contenidos⁶. La necesaria interpretación conjunta de ambos instrumentos deriva directamente, como ha sido apuntado, de la indivisibilidad de los derechos humanos, que imposibilita considerar a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos y sociales como compartimentos estancos. En última instancia, la clasificación de los derechos humanos y su categorización como civiles y políticos o socioeconómicos, no

deja de ser una distinción un tanto artificiosa, estando ambas categorías íntimamente ligadas y concurriendo, además, derechos cuya fisiología imposibilita su incardinación en una u otra categoría, ostentando en este sentido una verdadera naturaleza mixta⁷.

El sistema de reconocimiento y protección de los derechos sociales implementado por la CSE se vincula necesariamente con los mecanismos de consagración y salvaguarda de los derechos humanos en general, reforzando la necesaria interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos, con independencia de su clasificación o tipología. La propia CSE revisada, señala la necesidad de «preservar la naturaleza indivisible de todos los derechos humanos, sean derechos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales»⁸.

La indudable relevancia de la CSE como «instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales»⁹, no se ha visto reflejada en la práctica por diferentes motivos. En este sentido, los déficits internos del propio Tratado, reflejados en sus mejorables mecanismos de control de cumplimiento, han generado una recepción de sus contenidos en la práctica jurídica interna más lenta e imperfecta en comparación con otros instrumentos internacionales. A ello se debe añadir «la omnipresencia del derecho de la Unión Europea», que origina frecuentemente que la CSE «sea ignorada, confundida e incluso encuadrada en el mismo»¹⁰, lo que ha dado lugar, de facto, a la existencia de «dos verdades sociales europeas»¹¹.

³ Sobre este punto, cfr. ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución», *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 2 (2012), pp. 47-61, y el estudio de MONEREO PÉREZ, J.L., «El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales», *Revista Derecho del Trabajo*, nº 15 (2017), pp. 21-68.

⁴ Díez DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 15ª ed., 2005, pp. 64-66.

⁵ JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C., «Desafíos para la...», *op. cit.*, p. 277.

⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, nº 118 (1978), pp. 6 y 7, y SANZ CABALLERO, S., «Sobre las prolongaciones sociales del Convenio Europeo de Derechos humanos: la invocación del acervo de la Organización Internacional del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 32 (2014), pp. 2 y 3. Cfr. el excelente análisis de CARRILLO SALCEDO, J.A., «Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, nº 2 (1991), pp. 431-454.

⁷ SANZ CABALLERO, S., «Sobre las prolongaciones sociales...», *op. cit.*, p. 3.

⁸ Preámbulo de la CSE revisada.

⁹ BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, nº 70 (2007), p. 349.

¹⁰ SALCEDO BELTRÁN, C., *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2015, p. 8.

¹¹ JIMENA QUESADA, L., «La Carta Social Europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13 (2009), p. 398.

Sin embargo, y sin desconocer esas y otras razones que se irán desgranando en los siguientes apartados del presente estudio, la principal causa del escaso impacto que la CSE ha tenido en España, se debe encontrar, en gran medida, en el exiguo interés que en el ámbito político e institucional ha despertado este Tratado desde que fue firmado por nuestro país en 1978. Esta situación se ha revertido, siquiera parcialmente, en los últimos cinco años; y ello, motivado por las resoluciones de algunos jueces y tribunales que, en un entorno de crisis económica y de progresiva laminación de los derechos sociales, toman conciencia de la CSE y proceden a aplicarla como estándar de protección más favorable, declarando inaplicable la legislación nacional en algunos de los casos enjuiciados, por ser contraria al compromiso internacional asumido por España. Esta labor judicial, de relevancia mediática en un contexto de cuestionamiento social de las reformas laborales operadas, desencadena, como se verá, un repentino interés de los actores políticos por la CSE.

A analizar en detalle el proceso de recepción de la CSE en el ordenamiento jurídico español, en el periodo comprendido entre su firma, en 1978, y la actualidad, se dedica el presente estudio, prestando una singular atención a la dimensión política y parlamentaria generada en torno a este importante tratado. Y ello, con el fin de esclarecer los auténticos motivos que han llevado a soslayar la CSE en nuestro país durante tan largo periodo.

2. LA COMPLEJA ARQUITECTURA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Aunque de su denominación pueda parecer que la CSE está conformada por un único documento, realmente se configura por cinco documentos distintos: la CSE en su versión originaria, tres protocolos y la CSE revisada. Tanto los protocolos, singularmente el referido al procedimiento de reclamaciones colectivas, como la CSE revisada, no han sido ratificados por todos los Estados miembros del Consejo de

Europa, lo que implica que la CSE originaria siga teniendo plena eficacia.

En la actualidad, cuarenta y tres países europeos de los cuarenta y siete que conforman el Consejo de Europa han ratificado la CSE originaria y/o revisada. Entre ellos, todos los países de la Unión Europea sin excepción han procedido a ratificarla en su versión original y/o revisada. De los países pertenecientes al Consejo de Europa, solo Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza no han ratificado la CSE; ratificación esta que no resulta obligatoria para poder ser miembro de pleno derecho de dicha institución supranacional, a diferencia de lo que ocurre en el caso del CEDH, extremo que ha merecido duras críticas por parte de la doctrina más autorizada¹².

2.1. La Carta Social Europea originaria

Como se ha señalado, la CSE fue firmada en su versión originaria en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965¹³. Se estructura en un preámbulo, cinco partes y un anexo.

La parte I, de carácter meramente declarativo, enuncia diecinueve principios que deben orientar la acción social de los Estados firmantes y que se plasman jurídicamente en la parte II, integrada por diecinueve artículos, que contiene los derechos y deberes de las Partes. Así, se enumeran las obligaciones de los Estados de garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo justas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración justa (art. 4), el derecho a la libertad sindical (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7), la protección de las trabajadoras (art. 8), la orientación y for-

¹² *Ibid.*, pp. 404-405.

¹³ Sobre el proceso de elaboración del tratado, *vid.* el completo estudio de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea», *Revista de Política Social*, nº 53 (1962), pp. 133-195.

mación profesional (arts. 9 y 10), la protección de la salud (art. 11), la Seguridad Social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (art. 16), el derecho de las madres y los niños a una protección social y económica (art. 17), el derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes contratantes (art. 18), y, por último, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

La parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, comprendiendo el singularmente complejo sistema de ratificación de la misma. De acuerdo al art. 20.1 a) y b) de la CSE, los Estados deben ratificar al menos cinco de los siete artículos que se determinan como esenciales, todos ellos recogidos en la parte II de la CSE. Estos siete artículos son los siguientes: el derecho al trabajo (art. 1), el derecho de sindicación (art. 5), el derecho a la negociación colectiva (art. 6), el derecho a la Seguridad Social (art. 12), el derecho a la asistencia social y médica (art. 13), el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (art. 16), y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia (art. 19). Además, y adicionalmente, los Estados miembros deben ratificar un número complementario de artículos o párrafos numerados de la parte II de la Carta, a su libre elección, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quede obligado no sea inferior a diez artículos o a cuarenta y cinco párrafos numerados (art. 20.1 c) de la CSE).

Este sistema de ratificación tan dúctil, implica que no todos los Estados firmantes resulten obligados con el mismo alcance y contenido, variando en cada caso sus derechos y obligaciones en atención a los preceptos que cada Estado miembro haya decidido ratificar. Es indudable que la flexibilidad que deriva de este régimen de ratificación genera una mayor

adaptabilidad y extensión, siquiera fragmentada, de los principios derivados de la CSE. Además, posibilita la existencia de un consenso de mínimos en la defensa de los derechos sociales en el marco europeo. Sin embargo, no cabe obviar que un mecanismo de ratificación de esta condición, podría derivar en situaciones poco plausibles, facilitando que los Estados opten por ratificar solo aquellos preceptos que no les resulten excesivamente gravosos¹⁴ y conformando en cada Estado Parte una CSE «a la carta»¹⁵.

La parte IV (arts. 21 a 29) comprende la regulación del sistema de control de aplicación de la CSE, articulado a través de la presentación de informes de las Partes contratantes. El ejercicio de este control reside principalmente en el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que está formado por quince expertos independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros para un mandato de duración de seis años, con una posible renovación.

La parte V (arts. 30 a 38) se ocupa de la suspensión de las obligaciones asumidas por los Estados en caso de guerra o peligro público, de las restricciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática con el fin de 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 (art. 31), las relaciones de la CSE y el derecho interno y los acuerdos internacionales (art. 32), la aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma (art. 34), su firma, ratificación y entrada en vigor (art. 35), la presentación de enmiendas (art. 36), y su denuncia (art. 37). Por último, el anexo (formalmente el art. 38 y último de la CSE) incluye criterios hermenéuticos para la

¹⁴ BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea del Consejo...», *op. cit.*, p. 351.

¹⁵ CASTILLO DAUDI, M., «La Carta Social Europea treinta años después: el Protocolo de 21 de octubre de 1991», *Tribuna Social*, nº 27 (1993), p. 22.

correcta interpretación de algunos preceptos de la CSE.

2.2. Los tres Protocolos de la Carta Social Europea

La CSE se ha visto completada con tres protocolos. El primero de ellos, Protocolo adicional, fue firmado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, con la finalidad de extender la protección de los derechos sociales y económicos garantizados por la CSE. Mediante este Protocolo se añaden cuatro nuevos derechos a los contenidos en la CSE: derecho a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trato en materias de empleo y ocupación sin discriminación por razón de sexo (art. 1), derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), derechos a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo (art. 3), y derecho de las personas mayores a la protección social (art. 4).

El segundo protocolo o Protocolo de enmienda, suscrito en Turín el 21 de octubre de 1991, está dirigido a mejorar los mecanismos de control del cumplimiento por los Estados de la CSE, incrementando su efectividad. Su propósito consiste en mejorar la eficacia de la Carta, y, en particular, su mecanismo de control. El Protocolo de enmienda no ha entrado en vigor formalmente, pues necesita para ello el consentimiento unánime de todos los Estados Partes de la CSE, extremo que no se ha producido hasta la fecha. Con independencia de su eficacia formal, en la práctica, casi la totalidad de sus disposiciones están siendo aplicadas por los órganos de control, conforme a la decisión del Comité de Ministros de 1991 (467ª reunión de los Delegados de los Ministros de diciembre de 1991). En esta decisión, se solicitaba a los órganos de control de la CSE que aplicaran los contenidos del Protocolo, incluso antes de que este entrara formalmente en vigor, en la medida en que fueran compatibles con el texto de la norma. De este modo, todas las disposiciones del Protocolo de

1991 resultan aplicables, excepto la elección de miembros del CEDS por la Asamblea Parlamentaria, elección que sigue siendo realizada por el Comité de Ministros¹⁶.

El último Protocolo fue firmado el 9 de noviembre de 1995 en Estrasburgo, y se ocupa de conformar un sistema de quejas colectivas. Tiene como objetivo reforzar la efectividad de los derechos consagrados en la CSE, fomentando la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales con estatuto participativo en el Consejo de Europa. Este Protocolo, calificado como revolucionario desde el punto de vista procedimental, crea un procedimiento de control abierto a entidades no estatales, que se añade al mecanismo tradicional de control original contenido en la Carta de 1961¹⁷.

2.3. La Carta Social Europea revisada

La CSE revisada, firmada el 3 de mayo de 1996 en Estrasburgo, refleja todos los cambios introducidos por los tres Protocolos, junto con las interpretaciones que del texto convencional se habían ido generando por la labor de las resoluciones del CEDS. Su arquitectura es similar a la de la CSE originaria, teniendo la parte I treinta y un puntos de carácter programático, que se corresponden con los treinta y un artículos vinculantes de la parte II.

Además, la CSE añade ocho nuevos derechos sociales a la parte II (arts. 24 a 31): derecho a protección en caso de despido, derecho de los trabajadores a la protección de sus créditos en caso de insolvencia de su empresario, derecho a la dignidad en el trabajo, derecho

¹⁶ Vid. JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 2 (2006), pp. 51-52.

¹⁷ Cfr. TEIXEIRA ALVES, L., *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios: un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014, pp. 15 y ss.

de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y a la igualdad de trabajo, derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberían conceder, derecho a información y consulta en los procedimientos de despido colectivo, derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, y derecho a la vivienda.

Como la CSE revisada amplía los derechos y obligaciones de los Estados Partes en relación con la CSE originaria, se exige que los Estados ratifiquen también esta nueva versión. Para ello, la parte III, artículo A, de la CSE revisada, exige a los Estados que consideren «la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados», y a que se obliguen «por al menos seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20». Estos artículos se corresponden con el denominado núcleo duro de la Carta, y se concretan en los siguientes derechos: derecho al trabajo (art. 1), derecho sindical (art. 5), derecho de negociación colectiva (art. 6), derecho de los niños y adolescentes a protección (art. 7), derecho a la Seguridad Social (art. 12), derecho a la asistencia social y médica (art. 13), derecho de la familia a protección social, jurídica y económica (art. 16), derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (art. 19), y derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (art. 20). Además, y siguiendo la lógica de la CSE originaria, los Estados Partes deberán obligarse por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la parte II de la Carta a su elección, «siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados» (artículo A, parte III, de la CSE revisada).

La CSE revisada ha merecido valoraciones muy positivas por la ampliación de derechos

que conlleva, si bien sigue adoleciendo de los déficits que tradicionalmente venía arrasando en cuanto a los sistemas de control implementados para su cumplimiento¹⁸. Especialmente relevante es la posibilidad que abre la CSE revisada de ratificar su contenido sin necesidad de obligarse previamente al Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. En relación con este punto, la doctrina más autorizada ha señalado que «hubiera sido deseable que se estableciera de forma generalizada su carácter obligatorio a cualquier parte contratante que ratificara la CSE revisada, sin necesidad de realizar una adhesión *ad hoc* del Protocolo de reclamaciones colectivas o de la declaración específica»¹⁹.

2.4. Los mecanismos de control de la Carta Social Europea

El grado de eficacia de cualquier norma jurídica internacional deriva en gran medida de los mecanismos de control de cumplimiento que por la misma se implementen. La CSE conforma dos mecanismos de control de su cumplimiento: el sistema de informes y el procedimiento de reclamaciones colectivas²⁰.

2.4.1. El sistema de informes

El sistema de informes resulta aplicable a todos los Estados que han ratificado la CSE, originaria y/o revisada. Su regulación se encuentra en la parte IV (arts. 25 a 29) de la CSE. Las Partes contratantes le remiten al CEDS anualmente un informe explicativo del modo en

¹⁸ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 53-59.

¹⁹ SALCEDO BELTRAN, C., *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales*, op. cit., p. 11.

²⁰ Procedimientos que, al menos inicialmente, estuvieron muy influenciados por «el espíritu de la OIT». CASTILLO DAUDI, M., «La Carta Social Europea...», op. cit., p. 22.

que se está observando la CSE en su país, tanto en la legislación interna como en la práctica. Como se ha apuntado anteriormente, el CEDS es el órgano máximo de interpretación, defensa y control del cumplimiento de la CSE por los Estados Partes, estando compuesto por quince expertos independientes elegidos por el Comité de Ministros y resultando asimilable al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto al CEDH²¹.

El informe no se extiende a todos los contenidos de la CSE, sino que se centra en el grupo temático que anualmente proceda: grupo 1, sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades; grupo 2, sobre salud, Seguridad Social y protección social; grupo 3, sobre derechos relacionados con el trabajo; y grupo 4, sobre niños, familia y migrantes. De este modo, cada grupo de materias será analizado una vez cada cuatro años. Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo estas presentar observaciones a los mismos. Ello implica la posibilidad de que los agentes sociales aporten información adicional a la incluida en los informes gubernamentales, y constituye un mecanismo que facilita su participación en el sistema de la CSE, de especial relevancia en aquellos Estados que no hayan ratificado el Protocolo de 1995 de reclamaciones colectivas, como es el caso de España²². Examinada la documentación, y durante el año siguiente a su presentación, el CEDS emite una conclusión que determina la conformidad o no del país con la CSE (originaria o revisada)

y con el Protocolo de 1988. Si no se apreciara conformidad, la conclusión del CEDS impondrá medidas de mejora o corrección.

Hechas públicas las conclusiones, el Comité Gubernamental, compuesto por un representante de los Gobiernos de cada una de las Partes contratantes, supervisa el cumplimiento de las mismas y emite un informe dirigido al Comité de Ministros. El Comité de Ministros, formado por los ministros de asuntos exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes permanentes, y en su condición de órgano decisorio del Consejo de Europa, puede emitir una recomendación solicitando el Estado en cuestión que modifique y adapte su normativa a la CSE, si así lo decidieran dos tercios de sus miembros.

El sistema de informes ha generado múltiples objeciones por parte de la doctrina. Así, y entre otros déficits, se ha señalado que el sistema de informes impone un control político sobre la ejecución de las decisiones del CEDS, ejecución que en último término dependerá de la voluntad política de los Estados²³. También se ha incidido en que la revisión cuatrienal de la CSE impide reaccionar de modo ágil y eficaz frente a situaciones nacionales que requieran una respuesta rápida, y en la escasa eficacia que, de facto, tienen las recomendaciones del Comité de Ministros en relación con los Estados Partes a las que van dirigidas²⁴. Con el fin de subsanar algunas de estas deficiencias, en el año 2014 se introduce una reforma del sistema de informes, implementando un sistema simplificado de aplicación exclusiva a los Estados que hayan ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas.

2.4.2. *El procedimiento de reclamaciones colectivas*

El procedimiento de reclamaciones colectivas es el segundo mecanismo de control de

²¹ 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*, nº 25 (2015), p. 104.

²² CARDONA RUBERT, M. B., «La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Social*, nº 69 (2015), p. 106. No obstante, en pocas ocasiones se presentan observaciones por los agentes sociales a los informes gubernamentales. Cfr. PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11 (2008), p. 360.

²³ *Ibid.*, p. 361.

²⁴ JIMENA QUESADA, L., «El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias...», *op. cit.*, p. 105.

la CSE, teniendo, frente al procedimiento de informes, carácter facultativo para los Estados Partes. Este procedimiento solo puede ser utilizado por los países que hayan ratificado el Protocolo de 1995 que lo regula, o por los Estados que realicen una adhesión expresa al suscribir la CSE, originaria y/revisada (parte IV, art. D.2). Ninguna de estas circunstancias concurren en el caso de España.

Como de su propia denominación se deduce, las reclamaciones articuladas mediante este procedimiento deben tener carácter colectivo, no siendo admisible ningún tipo de reclamación de carácter individual. El carácter colectivo de la reclamación dota al procedimiento de un indudable efecto preventivo de futuros litigios internos de carácter individual²⁵.

Este procedimiento de control de la CSE puede ser considerado como el más importante y eficaz, teniendo en cuenta la celeridad y simplicidad en su tramitación y su consecuente potencial de justiciabilidad y efectividad²⁶. El procedimiento se estructura de modo análogo a un procedimiento judicial o cuasi judicial de carácter contradictorio²⁷. La legitimación para interponer una reclamación se atribuye a las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores, las organizaciones nacionales representativas sometidas a la jurisdicción de la Parte contratante contra la que se dirige la reclamación, las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la

lista elaborada por el Comité Gubernamental, así como cualquier organización nacional no gubernamental no representativa a la que reconozca un Estado Parte el derecho a presentar reclamaciones. La reclamación se presenta por escrito, y para su interposición no es necesario el agotamiento previo de los procedimientos jurisdiccionales nacionales. El escrito debe contener los preceptos de la CSE que no están siendo observados por el Estado, sujeto pasivo de la reclamación; y ello, no solo en atención a los incumplimientos de la CSE que deriven de los textos legales o reglamentarios internos, sino también de las prácticas seguidas en relación con los derechos garantizados por el Tratado²⁸.

El procedimiento se tramita ante el CEDS, que actúa bajo parámetros jurisdiccionales²⁹. Examinada su admisibilidad, y si resulta admitida la reclamación, se prevé la posibilidad de adoptar excepcionalmente medidas inmediatas en evitación de daños irreparables y garantía de los derechos sociales reconocidos en la CSE.

El procedimiento se desarrolla normalmente por escrito, aunque es posible que el CEDS pueda decidir que tenga lugar una vista pública para que las partes, además de por escrito, expongan oralmente sus argumentos³⁰. Analizada la controversia y oídas las partes, el CEDS adopta una decisión sobre el fondo del asunto, a modo de sentencia y con eventuales votos particulares, que es comunicada a las partes intervinientes y al Comité de Ministros³¹. La decisión sobre el fondo del asunto del CEDS tiene la forma de una sentencia. Finaliza el procedimiento con la emisión de una resolución por el Comité de Ministros, y, si procede, de una recomendación en la que concreta la normativa o práctica interna que no

²⁵ BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea del Consejo...», *op. cit.*, p. 356.

²⁶ Extremo que se evidencia en los plazos medios de admisibilidad de las reclamaciones (cuatro meses) y de resolución sobre el fondo del asunto (siete meses). JIMENA QUESADA, L., «El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias...», *op. cit.*, p. 105.

²⁷ PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea...», *op. cit.*, p. 362 y JIMENA QUESADA, L., «La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La Armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012, p. 46.

²⁸ Cfr. BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea del Consejo...», *op. cit.*, p. 354.

²⁹ PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea...» *op. cit.*, p. 362.

³⁰ *Ibid.*, p. 362.

³¹ JIMENA QUESADA, L., «La armonización procesal...», *op. cit.*, p. 46.

es acorde con la CSE, invitando a la adopción de las medidas que procedan. La única obligación del Estado receptor de la comunicación del Comité de Ministros consiste en informar sobre su cumplimiento en el siguiente informe que presente.

3. EL TARDÍO E INCOMPLETO PROCESO DE ADHESIÓN DE ESPAÑA A LA CARTA SOCIAL EUROPEA

3.1. El ingreso de España en el Consejo de Europa

El fallecimiento de Francisco Franco, el 20 de noviembre de 1975, pone fin al régimen dictatorial que había venido sufriendo España desde el fin de la Guerra Civil en 1939. Se inicia con la muerte del dictador el periodo conocido en la historia de España como de transición democrática, y que culmina con la aprobación de la Constitución Española (CE) en diciembre de 1978³². En estos escasos tres años, España gesta múltiples reformas políticas y fija los cimientos para profundas transformaciones que le permitan reintegrarse en un entorno Europeo occidental esencialmente democrático. La vocación de reinserción en la sociedad internacional democrática, y singularmente europea, como miembro de pleno derecho, es uno de los pilares en que se fundamenta el proceso de transición vivido en España durante los primeros años del posfranquismo, que vino marcado por su dimensión internacional³³.

³² Se delimita este periodo atendiendo a la denominada transición institucional, de mucha más fácil concreción temporal que la transición política. Vid. PASTOR ARACIL, M., «Reflexiones sobre la transición política y la consolidación democrática en España», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 2 (1992-1993), p. 55.

³³ SESMA LANDRIN, N. y DE HOYOS PUENTE, J., «Los procesos de transición democrática a debate», en AA.VV., *Ayer y hoy. Debates, historiografía y didáctica de la historia*, Valencia, Universidad de Valencia y Asociación de Historia Contemporánea, 2015, p. 149.

En este contexto histórico, desde los ámbitos de decisión política, aún en proceso de conformación definitiva, se entendía que la integración de España en el Consejo de Europa constituía un elemento esencial para reforzar su proceso de transformación política y su plena integración en la Europa democrática. Resulta evidente que la incorporación al Consejo de Europa no conllevaba la asimilación inmediata y automática de los valores de integración europeos por parte de la sociedad española, pero sí que constituía un gesto político, de indudable valor simbólico, que evidenciaba el giro democrático que se pretendía operar en España³⁴.

El significado simbólico apuntado, y que se sintetiza en identificar Europa con modernización y democratización, puede ser considerado como uno de los mitos políticos esenciales del periodo de transición democrática en España. Así, el mito europeo constituyó un pilar esencial de la política de pactos que sustentó el cambio político en España, dotando, además, a la joven democracia española de alta legitimidad³⁵. Se asumía, por tanto, la máxima de José Ortega y Gasset que consideraba a España el problema y a Europa la solución, y que había permeado en el pensamiento colectivo de la sociedad civil³⁶.

Durante el régimen franquista, el Consejo de Europa había tenido una actitud muy crítica hacia el sistema político español, postura que se mantuvo una vez fallecido Francisco Franco, hasta que Adolfo Suárez es nombrado presidente del Gobierno en julio de 1976. Desde ese momento, las tensiones entre el Consejo de Europa y España empiezan a reducirse, como consecuencia de la clara vocación demo-

³⁴ Cfr. RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. «Reflexiones sobre la transición española a la democracia», *Revista de Derecho Político*, nº 31 (1990), pp. 14-15.

³⁵ MORÁN, M^a L. «La cultura política y la interpretación de las transiciones a la democracia. Notas sobre el caso español», *Política y Sociedad*, nº 20 (1995), pp. 97-110.

³⁶ SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «La idea de Europa en el pensamiento político de Ortega y Gasset», *Revista de Estudios Políticos*, nº 83 (1994), p. 223.

cratizadora expresada por el nuevo Gobierno. La victoria de Unión de Centro Democrático (UCD) y de Adolfo Suárez en las primeras elecciones democráticas españolas, el 15 de junio de 1977, llevan a iniciar el proceso de adhesión de España al Consejo de Europa.

El 8 de julio de 1977, la Comisión Permanente del Consejo de Europa se felicitó por la jornada electoral, y encargó al presidente de la Asamblea que invitara al de las Cortes Españolas a enviar una delegación de observadores españoles a la próxima reunión de aquel órgano, como primer paso a una vinculación de España con la institución europea³⁷.

El problema de la admisibilidad de España en el Consejo de Europa residía en aquel momento en determinar si resultaba necesario que nuestro país tuviera, previamente a su admisión, un texto constitucional aprobado que garantizara los principios y valores esenciales encarnados por el Consejo de Europa.

El 8 de octubre de 1977, los representantes de todos los grupos parlamentarios del Congreso de los Diputados emiten una declaración formal en la que trasladan al Consejo de Europa su «firme decisión de garantizar constitucionalmente la preeminencia del Derecho, el respeto de los ideales consagrados en el Estatuto del Consejo de Europa y en especial los derechos humanos y las libertades fundamentales recogidos en la Convención Europea firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950»³⁸.

La cohesión de los grupos políticos españoles y la contundencia del mensaje emiti-

³⁷ Sobre el proceso de incorporación de España al Consejo de Europa, cfr. el completo estudio de VIÑAL CASAS, A., «Historia de las negociaciones para el ingreso de España en el Consejo de Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, v. 5, nº 1 (1978), pp. 93-113.

³⁸ Esta declaración fue suscrita por Leopoldo CALVO-SOTELO (UCD), Felipe GONZÁLEZ (PSOE), Manuel FRAGA (Alianza Popular), Francisco RAMOS MOLINS (socialistas catalanes), Miquel ROCA (Minoría Vasco-Catalana), Santiago CARRILLO (Partido Comunista de España, PCE) y Raúl MORODO (Grupo Mixto).

do, hacen que, sin esperar al formalismo de una Constitución, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el día 12 de octubre de 1977, invite «sin demora a España para que se convierta en el vigésimo Estado miembro del organismo europeo», entrando de este modo «en la familia de Estados democráticos de la Europa occidental»³⁹. El día siguiente, el Gobierno español emite su solicitud formal de adhesión, siendo aceptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el día 18 de octubre de 1977, mediante su Resolución 77 (32).

Una vez aprobado por unanimidad por el Congreso y el Senado, España se adhiere al Consejo de Europa oficialmente el 24 de noviembre de 1977. Ese mismo día, el ministro de Asuntos Exteriores, Marcelino Oreja, firma en nombre de España el CEDH de 1950.

Tras su adhesión, España cumplimenta todas las formalidades necesarias para constituirse en el vigésimo miembro del Consejo de Europa. Así, se conforma la delegación oficial de las Cortes españolas en la Asamblea de Estrasburgo, integrada por diez titulares y diez suplentes, incrementados a doce desde 1978, con José Manuel Otero Madrigal como presidente y Gregorio Peces Barba como vicepresidente, nombrando además, el 25 de abril de 1978, al primer juez español en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Eduardo García de Enterría. Rápidamente, España va suscribiendo todos los tratados del Consejo de Europa, firmando la CSE el 27 de abril de 1978.

El ágil proceso de adhesión de España al Consejo de Europa, y la unanimidad que los países europeos mostraban con relación al mismo, representaba, en último término, un respaldo del viejo continente al proceso democratizador iniciado por nuestro país y «el entierro total del régimen franquista»⁴⁰.

³⁹ *El País*, 13 de octubre de 1977.

⁴⁰ En palabras del presidente del Consejo de Europa, Karl CZERNETZ. *El País*, 13 de octubre de 1977.

3.2. Firma y ratificación de la Carta Social Europea originaria y de los Protocolos de 1988 y 1991

La CSE es firmada en Estrasburgo por el plenipotenciario de España el 27 de abril de 1978, siendo ratificada en su versión originaria y en su totalidad el 29 de abril de 1980, y entrando en vigor el 5 de junio de ese mismo año⁴¹. Como se detallará más adelante, el proceso de ratificación fue rápido y su trámite y discusión parlamentarios vinieron marcados por la unanimidad y el consenso de los diferentes grupos representados en las Cortes Generales. La doctrina de la época depositó grandes esperanzas en la firma de la CSE por España, principalmente por la capacidad que se atribuía al Tratado para perfeccionar nuestro derecho del trabajo, acercándolo de este modo a los demás sistemas europeos⁴².

Desde el momento de su ratificación, España se vinculó por los derechos y garantías reconocidos en la CSE, *ex arts. 96 y 10.2 CE*. Además, la ratificación de la CSE trae consigo la sujeción de nuestro país a las interpretaciones que realice el CEDS, que ha de calificarse a estos efectos como jurisprudencia⁴³.

Tras la ratificación de la CSE originaria, España en el año 1991 procede a denunciar, al amparo del art. 37 del Tratado, el art. 8.4 b) de la CSE⁴⁴. El referido precepto obligaba a las Partes contratantes a 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. La denuncia del reseñado art. 8.4 b) se formulaba con el fin de hacer compatible la interpretación que de la regulación del trabajo de la mujer se había impuesto en España, con el compromiso asumido internacionalmente a través de la CSE. En este sentido, tras la entrada en vigor de la CE, surgieron dudas sobre la constitucionalidad de la prohibición de determinados trabajos a las mujeres, contenidos en distintas normas jurídicas. Se planteaba si dichas prohibiciones, de carácter genérico e indiscriminado y aplicables a las mujeres por su propia condición de mujer, resultaban conformes al principio de igualdad y no discriminación recogido en el art. 14 de nuestro texto constitucional. Tanto la jurisprudencia como la doctrina se mostraba inicialmente discrepante sobre este asunto⁴⁵.

Finalmente, y como no podía ser de otro modo, se impuso la interpretación que las prohibiciones de realizar concretos trabajos peligrosos o insalubres solo debían predicarse en relación con la maternidad, no siendo admisible la prohibición de determinados labores por el mero hecho de ser mujer⁴⁶. Ello implicaba necesariamente la denuncia del art. 8.4 b) de la CSE, que formulaba las prohibiciones del trabajo femenino con carácter general, sin ligarlo a la maternidad. La interpretación mantenida por España, y que le llevó a denunciar el referido precepto de la CSE, no solo era más acorde con el ordenamiento jurídico interno, sino que era el resultado necesario de un cambio de concepción que, superando lo jurídico, se insertaba de lleno en los nuevos paradigmas de organización social, cimentados en los principios de igualdad y no discriminación. Se incorporaba de este modo a nuestro sistema

⁴¹ *Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, BOE*, 26 de junio de 1980, y *Corrección de errores del Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961, BOE*, 11 de agosto de 1980.

⁴² RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, nº 1 (1978), p. 82.

⁴³ SALCEDO BELTRAN, C., *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales*, *op. cit.*, p. 10, y JIMENA QUESADA, L., «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea», *RJUAM*, nº 29 (2014), p. 174.

⁴⁴ *BOE*, 10 de mayo de 1991.

⁴⁵ *Vid.* FERNÁNDEZ MARCOS, L., «El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene», *Actualidad Laboral*, nº 1 (1990), pp. 2 y 3.

⁴⁶ *Cfr.* STC 229/1992, de 14 diciembre (rec. amparo 2281/1989).

jurídico el principio de neutralidad por razón de sexo en materia de seguridad y salud laboral⁴⁷.

España firmó el Protocolo adicional de 1988 el 5 de mayo de 1998, y lo ratificó el 24 de enero del año 2000, entrando en vigor el 23 de febrero de ese mismo año⁴⁸. En relación con esta ratificación, el Consejo de Estado se pronuncia en su Dictamen previo el 25 de febrero de 1999 (expediente 348/1999), señalando que el Protocolo objeto de consulta «no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente». Aun así, y teniendo en cuenta que el protocolo «incide sobre derechos y deberes establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español, ha de estimarse comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales previa a su conclusión».

En relación con el Protocolo de enmienda, el mismo fue firmado por España el 21 de octubre de 1991, depositando nuestro país el instrumento de ratificación el 24 de enero de 2000. Previamente, el Consejo de Estado había emitido su Dictamen el 18 de marzo de 1999 (expediente 346/1999), indicando que el reseñado Protocolo «introduce ciertas modificaciones en relación a las funciones, órganos y funcionamiento de los mecanismos institucio-

nales previstos originariamente, dando carta de naturaleza positiva a algunas prácticas que ya se vienen observando. Aunque ello no signifique una alteración radical de la estructura ni de las funciones actuales ejercidas, teniendo en cuenta la importancia política que tiene la Carta de Turín de 1961 en el ámbito de los derechos económicos y sociales y los esfuerzos por proveer a su mayor protección en el ámbito del Consejo de Europa, puede considerarse que el Protocolo de Enmienda de dicha Carta se sitúa en ese plano de trascendencia política, quedando así comprendido en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución». Es por ello, que «la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio del Protocolo de Enmienda a la Carta Social Europea, hecho en Turín el 21 de octubre de 1991, requiere la previa autorización de las Cortes Generales».

Como se ha apuntado anteriormente, la entrada en vigor del Protocolo de enmienda no se ha producido, al exigir para su eficacia la unanimidad de todos los Estados que eran Partes contratantes de la CSE en aquel momento (1991); consentimiento que aún no se ha producido en el caso de Dinamarca, que ni siquiera lo ha firmado, y de Reino Unido y Luxemburgo, que lo han firmado, pero no ratificado. Es esta la razón, y no otra, por la que la ratificación de este Protocolo no se ha publicado en el *BOE*, pues si así se hubiera hecho, daría la falsa apariencia de que forma parte del ordenamiento jurídico interno, *ex. art. 96 CE*, un tratado que aún no tiene vigencia. Solo en el momento que el Protocolo de enmienda sea ratificado por los tres países citados, procederá la publicación en el *BOE* de la ratificación de España, no formando parte de nuestro ordenamiento jurídico interno hasta que ese hecho se produzca.

3.3. España y sus retos pendientes: el Protocolo de reclamaciones colectivas y la Carta Social Europea revisada

España no ha firmado ni ratificado el Protocolo adicional de 1995, regulador del siste-

⁴⁷ LÓPEZ RUBIA, E., «De una legislación proteccionista a una normativa neutra en materia de prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak*, nº 23 (2010-2011), pp. 77 y ss. y ALEMANY ZARAGOZA, E., «Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestro días», *Aranzadi Social*, nº 5 (2004), pp. 1493-1510.

⁴⁸ *Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988*, *BOE*, 25 de abril de 2000, y *Corrección de errores del Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988*, *BOE*, 13 de septiembre de 2000.

ma de reclamaciones colectivas, ni ha ratificado la CSE revisada, lo que sitúa a España en el nivel más bajo de compromiso con la CSE entre los posibles⁴⁹.

La ausencia de firma y ratificación del Protocolo de 1995, impide acudir a España al procedimiento de reclamaciones colectivas, lo que limita sustancialmente la efectividad de la CSE en nuestro país. Este hecho ha generado numerosas críticas, pues evidencia la limitada implicación de España con los derechos recogidos en la CSE⁵⁰, y excluye un mecanismo de control con «enorme potencial de justiciabilidad y efectividad en su funcionamiento»⁵¹. La aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas puede entenderse como «una gran asignatura pendiente para España», que está sometida exclusivamente al control efectuado en el marco del sistema de informes, obligatoriamente impuesto por la CSE originaria⁵².

Respecto a la CSE revisada, España la firmó el 23 de octubre de 2000, sin que hasta la fecha haya sido ratificada. Con todo, y como posteriormente se evidenciará, la ausencia de ratificación de la CSE revisada no debe llevar a entender que la norma no resulta eficaz en nuestro ordenamiento jurídico interno, pues todos los derechos laborales reconocidos en la versión original, siguen teniendo plena vigencia en España, pudiendo ser alegados en la jurisdicción interna.

Previamente a su firma, el 26 de noviembre de 1999, la Secretaría General Técnica

⁴⁹ JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C., «Desafíos para la...», *op. cit.*, p. 277.

⁵⁰ BAJO GARCÍA, I., «La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 40 (2015), p. 158.

⁵¹ JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, C., «Desafíos para la...», *op. cit.*, p. 279.

⁵² JIMENA QUESADA, L., «El último bastión...», *op. cit.*, p. 187. En el mismo sentido, JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25 (2015), pp. 45-46.

del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales elaboró un informe sobre la CSE revisada en el que subrayaba que, a excepción de los arts. 2.3 (derecho a conceder vacaciones anuales pagadas de cuatro semanas como mínimo) y 3.4 (promover el establecimiento progresivo de servicios de higiene en el trabajo para todos los trabajadores, con funciones esencialmente preventivas y de asesoramiento), el reconocimiento a nivel supranacional de nuevos derechos «no plantea problemas de aplicación en nuestro país, ya que concuerda con nuestro derecho interno, por lo que su ratificación no implicaría la necesidad de modificar nuestra legislación».

Recogiendo parte de los razonamientos del informe más arriba referido, el Dictamen del Consejo de Estado de 11 de mayo de 2000 (expediente nº 1740/2000), señala a este respecto que «la ratificación de la Carta Social Europea revisada no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente. Ciertamente existen algunas previsiones (así las contenidas en los artículos 2.3 y 3.4) no asumidas por el Derecho interno aún, si bien, por otra parte, no son de necesaria aceptación a tenor de lo dispuesto en el artículo A.1 de la propia Carta Social Europea revisada». Además, y como no podía ser de otro modo, dispone que «teniendo en cuenta que se está ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español, ha de estimarse comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión».

Pese a que, como se ha aludido, España firmó la CSE revisada el 23 de octubre de 2000, ésta aún no ha sido ratificada. La ausencia de ratificación de España ha generado numero-

sas críticas, tanto desde la doctrina como desde los agentes sociales⁵³.

No parece que exista ningún impedimento jurídico para incorporar la CSE revisada ni el Protocolo de 1995 al ordenamiento interno, tal y como se desprende de los dictámenes del Consejo de Estado más arriba mencionados. Resulta paradójico que no se incorporen a nuestro ordenamiento textos convencionales que no hacen sino reforzar los derechos que ya están reconocidos en nuestro sistema jurídico interno, máxime cuando los referidos derechos «se encuentran prácticamente de forma idéntica recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», de obligada aplicación para España desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁵⁴. En refuerzo de lo anterior, carece de lógica interna la actuación de España en relación con la protección internacional de los derechos sociales, si se compara la resistencia mostrada a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de 1995, con la rápida ratificación efectuada por nuestro país del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008. España fue el primer país europeo, y el tercero a nivel mundial, en ratificar el mencionado Protocolo, el 23 de septiembre de 2010⁵⁵.

En última instancia, las incongruencias apuntadas no hacen sino evidenciar la inconsistencia de las políticas adoptadas por España desde la perspectiva de la protección internacional de los derechos sociales.

⁵³ Por todos, JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del estado social español...», *op. cit.*, pp. 41 y ss.

⁵⁴ *Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007*, BOE, 27 de noviembre de 2009.

⁵⁵ JIMENA QUESADA, L., «La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Social*, nº 65 (2014), p. 14.

4. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA AGENDA POLÍTICA: ENTRE LA IRRELEVANCIA Y EL OPORTUNISMO (1978-2018)

La inexistencia de argumentos jurídicos que impidan la ratificación de la CSE revisada por España, debe llevar a pensar que la ausencia de ratificación solo puede imputarse a una inexistente voluntad política al respecto. Lo mismo puede predicarse respecto a la firma y ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995⁵⁶.

Parece que criterios de oportunidad política invitan a los poderes públicos a no ratificar la CSE revisada y el Protocolo de 1995 hasta este momento; criterios de oportunidad que en otro contexto histórico aconsejaron la rápida ratificación de España de la CSE originaria, tan solo cinco meses después de su adhesión al Consejo de Europa, como muestra evidente del proceso de democratización que se estaba viviendo en España y del compromiso que se mantenía con el reconocimiento y la garantía de los derechos sociales. Cuatro décadas después, parece que la voluntad política es otra.

Los diferentes partidos políticos, actores esenciales en nuestro sistema democrático, han mantenido una postura relativamente ambigua con relación a la CSE. Desde un punto de vista programático y de principios, todos los partidos, sin excepción, han venido proclamando la naturaleza de la CSE como pilar fundamental de nuestro Estado democrático, social y de Derecho y el compromiso de España con el Tratado. Sin embargo, ninguno de los partidos políticos que han ejercido funciones de gobierno han materializado este compromiso con la CSE mediante la ratificación del Protocolo de 1995 y la CSE revisada. Sistemáticamente, cabría agrupar la actividad político-legislativa en España en relación con la CSE en cuatro periodos cronológicos, que a continuación se detallan.

⁵⁶ Cfr. JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del estado social español...», *op. cit.*, pp. 51-59.

4.1. El proceso parlamentario de ratificación de la Carta Social Europea (1978-1980)

El proceso parlamentario de ratificación de la CSE siguió un trámite rápido y sin apenas debate. La unanimidad de los diferentes grupos políticos respecto a la CSE debe vincularse necesariamente al consenso político que marcó la época histórica en la que se incardina la ratificación. Como ya ha sido señalado anteriormente, la intención de vincularse a Europa como símbolo democratizador y de superación de etapas históricas anteriores ausentes de libertades, era nota común en todos los actores políticos. Europa era entendida como la encarnación de «de todo aquello que el régimen de Franco negaba a los españoles»⁵⁷. Por ello, cualquier acción que supusiera un mayor compromiso con Europa, y con los ideales democráticos y de progreso que el imaginario español asociaba al continente europeo, era aceptada sin recelos. Por ese motivo, la tramitación parlamentaria de la ratificación de la CSE se realizó con escasos incidentes y con una unanimidad de las distintas tendencias políticas digna de elogio.

La única discrepancia surgida en la tramitación parlamentaria residió en la declaración que insertaba el Gobierno en la propuesta de ratificación de la CSE. En su versión inicial, la ratificación de la CSE que pretendía formular el Gobierno incluía la siguiente declaración: «El Gobierno español interpretará y aplicará los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el Anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37 y 127 de la Constitución española. El Gobierno español declara asimismo que el artículo 6 no es incompatible con el hecho de que los funcionarios, así como los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Fuerzas Armadas y Cuerpos sometidos a disciplina militar no

tengan el derecho a la negociación colectiva, en la medida en que, según las leyes aplicables, no sean sujetos de una relación laboral, sino administrativa o estatutaria»⁵⁸.

La propuesta inicial del Gobierno fue enmendada por el Partido Comunista de España (PCE), al entender que la misma suponía la exclusión del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, lo que resultaba incompatible con la CE y con la propia CSE⁵⁹. La enmienda, que también es apoyada por el PSOE, es tenida en cuenta por el Gobierno, y, previas cesiones mutuas, se llega a una redacción de consenso entre todos los grupos políticos en la declaración que acompaña a la ratificación. Fruto del mencionado consenso, la declaración del instrumento de ratificación queda redactada del siguiente modo: «España interpretará y aplicará los artículos 5.º y 6.º de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo a la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española»⁶⁰.

⁵⁸ BOCG, 24 de octubre de 1979.

⁵⁹ El PCE, a través de su diputado López Raimundo, se había mostrado muy comprometido desde el inicio de la democracia con la CSE. Ya en las Cortes Constituyentes (1977-1979), formula una pregunta oral al Gobierno en la Comisión de Asuntos Exteriores sobre la ratificación de la CSE y sobre la posición del Gobierno respecto a la revisión de la CSE, que se apuntaba en la Recomendación nº 839 de la Asamblea Parlamentaria. *Boletín Oficial de las Cortes*, 5 de diciembre de 1978. Idéntica pregunta se reitera en la I Legislatura, en el Pleno de 30 de abril de 1979. En respuesta a esta última, el ministro de Asuntos Exteriores, Marcelino Oreja, afirma «que no hay ninguna disposición (en la CSE) que contradiga la legislación española, ni los compromisos internacionales contraídos por España». Respecto a la posición de España en la futura revisión, se indica que desde el Gobierno «se estudiará este tema con el máximo interés por parte de la delegación española (...) que lo verá con la mayor simpatía con el fin de que pueda llevarse a cabo esta revisión, si así procediera y fuese conforme con los intereses españoles». *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 31 (1979), 20 de septiembre de 1979.

⁶⁰ *Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961*. BOE, 26 de junio de 1980, y *Corrección de errores del Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961*, BOE, 11 de agosto de 1980.

⁵⁷ POWELL, C. T., «La dimensión exterior de la transición española», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 26 (1993), p. 49.

El espíritu parlamentario que acompañó la tramitación de la ratificación en las Cortes Generales se recoge perfectamente en la intervención en el Senado del senador Monge Recalde, integrado en el Grupo Mixto, el día 9 de abril de 1980: «no querría en modo alguno dar un matiz triunfalista a la aprobación que sin duda esta Cámara va a hacer de la Carta Social Europea, porque es evidente que sería una ingenuidad creer que con la suscripción de este documento iban a desaparecer automáticamente todos los problemas, todas las lagunas, todas las carencias sociales que existen en nuestro país y que van a exigir por parte de los interlocutores sociales y del propio Gobierno un gran esfuerzo de adaptación a los nuevos tiempos, grandes dosis de compromiso y de sacrificio que, por supuesto, desbordan el mero enunciado frío de unos principios como los que se contienen en este documento. A pesar de todo, es indudable que con la aquiescencia de esta Cámara a la Carta Social Europea, España va a dar un gran paso no configurándolo como el logro de una tabla de metas u objetivos alcanzados, sino más bien configurándolo como un inicio, un comenzar un camino que, sin duda, debe dar lugar a un desarrollo intenso y profundo de una acción política y legislativa, a fin de alcanzar cotas más altas de justicia, de solidaridad y de igualdad social»⁶¹.

Sin embargo, y como se verá a continuación, la ilusión y la esperanza depositada por el legislador de la época en la CSE como instrumento de cambio y mejora social, y que tan bien reflejan las palabras del senador Monge Recalde, no se van a ver acompañadas por una acción efectiva en los siguientes años, años en que la CSE será relegada al olvido en el debate público.

4.2. La preterición de la Carta Social Europea en la agenda política (1981-2007)

Durante este periodo, el interés político por la CSE es inexistente. Podría afirmarse que la

CSE se encuentra fuera de la agenda política. Muestra de ello es que existen legislaturas completas en las que no se hace ningún tipo de referencia a la CSE en sede parlamentaria⁶².

Desde la ratificación de la CSE el 29 de abril de 1980, no existe ninguna proposición, pregunta o acción parlamentaria que se relacione con la CSE directamente hasta la III Legislatura (1986-1989). En la misma, únicamente se formula una pregunta escrita al Gobierno el día 16 de noviembre de 1988, por parte del Grupo Parlamentario de Coalición Popular, relativa a la insuficiencia del salario mínimo interprofesional en atención a la CSE (nº 184/015496). La respuesta del Gobierno, emitida a través del ministro de Relaciones con las Cortes, Virgilio Zapatero, anticipa el recelo que acompañará tradicionalmente al Gobierno español, con independencia de su tendencia política, en su ambivalente relación con la CSE. Se proclama un teórico compromiso con la CSE, pero se cuestiona y desconfía de la función que la propia CSE otorga al CEDS, como máximo intérprete y garante del texto convencional. Así, la respuesta del Gobierno indica que «la situación del salario mínimo en España no se corresponde, no con el contenido estricto de la Carta Social Europea, sino con los criterios establecidos por la jurisprudencia del Comité para valorar la suficiencia de dicho salario mínimo. Criterios sobre cuya adecuación no existe, por otra parte, unanimidad entre los miembros del propio Comité de Expertos»⁶³.

Los años siguientes consolidarán la misma tendencia, y la CSE apenas despertara interés en la clase política española, relegando al Tratado a una situación de virtual inexistencia en la práctica. A este respecto, resulta ilustrativo que, cuando España accede a la presidencia rotatoria del Consejo de la CEE, el primer semestre de 1989, el Gobierno español, presidido

⁶² Es el caso de la II Legislatura (1982-1986) y de la V Legislatura (1993-1996).

⁶³ Respuesta del Gobierno de 11 de enero de 1989. *BOCG*, 26 de enero de 1989

por Felipe González, se convierte en adalid de una futura carta de los derechos sociales en el ámbito de la CEE⁶⁴. Se entendía que los derechos sociales en Europa no contaban con ningún instrumento de protección eficaz, subestimando la potencialidad de la CSE. La postura de España en este sentido tiene ciertas dosis de incoherencia, máxime cuando la misma era representada por un Gobierno presidido por uno de los firmantes de la trascendental declaración de 8 de octubre de 1977, que permitió la adhesión de España al Consejo de Europa⁶⁵. Incluso la prensa de la época se hacía eco de la necesidad de contar con una declaración de derechos sociales en Europa, considerando a la CSE como un instrumento programático sin carácter vinculante⁶⁶. Se optaba de este modo por trasladar el debate de los derechos sociales en Europa desde el Consejo de Europa a la CEE; traslación que carecía de fundamento, pues no era tan importante generar un nuevo instrumento en el ámbito comunitario como revitalizar el existente en el ámbito europeo en su conjunto⁶⁷.

En el año 1990, la denuncia del art. 8.4 b) de la CSE por parte de España, al amparo del art. 37 del Tratado, sigue una breve tramitación parlamentaria, sin generar mayor debate⁶⁸. Ello se explica, como se ha apuntado con anterioridad, en la interpretación constitucional de las eventuales prohibiciones de determinados trabajos a la mujer, interpretación que era compartida por todos los grupos parlamentarios.

Desde el año 1995 hasta el 2008, y prescindiendo de la ratificación del Protocolo adicional de 1988 y del Protocolo de enmienda de 1991, ratificación que no planteo problemas en sede parlamentaria ni generó ningún tipo de controversia destacable, no se encuentra nin-

guna proposición parlamentaria que se refiera a la CSE. Resulta asombroso el nulo interés que en sede parlamentaria tuvo la ratificación de los referidos protocolos, que no suscitaron ningún tipo de discusión ni intervenciones de relevancia, desarrollándose el proceso parlamentario como si un mero asunto de trámite se tratara. La única referencia que se encuentra a la CSE en estos años es la pregunta escrita formulada por el Grupo Parlamentario Socialista, acerca de las ONG españolas, vinculadas a las internacionales, que pueden presentar reclamaciones colectivas por la violación de la CSE. En contestación a esta cuestión, el Gobierno señala que el proceso de selección de ONG con derecho a presentar reclamaciones colectivas por incumplimiento de la CSE estaba en curso, y que estas deben ser internacionales, porque el elemento nacional solo interviene cuando se ha ratificado el Protocolo de reclamaciones colectivas, lo que no es era caso de España⁶⁹.

4.3. El descubrimiento político de la Carta Social Europea (2008-2011)

Se corresponde este periodo con los años en los que se toma conciencia de la crisis económica por la que atraviesa España. Los partidos políticos sitúan los derechos sociales en primer plano de la agenda política, y, por primera vez, se insta al Gobierno a ratificar la CSE revisada en sede parlamentaria. El Protocolo de reclamaciones colectivas pasa aún desapercibido, quizás por una deficiente interpretación, cuando no desconocimiento, del sistema implementado por la CSE, al entender que la ratificación de la CSE revisada conlleva la automática ratificación del Protocolo de 1995.

El periodo se inicia con la aprobación en el Consejo de Ministros del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España el 12 de diciembre de 2008, y la creación de una comisión

⁶⁴ *El País*, 28 de junio de 1989 y *Abc*, 13 de junio de 1989.

⁶⁵ *Vid. supra*, epígrafe 3.1.

⁶⁶ *El País*, 18 de enero de 1989.

⁶⁷ En estos términos se expresaba el secretario general del Consejo de Europa, Marcelino Oreja, en el año 1989. *Abc*, 10 de mayo de 1989.

⁶⁸ *BOE*, 10 de mayo de 1991.

⁶⁹ *BOCG*, 18 de septiembre de 1998.

de seguimiento del mismo⁷⁰. Pese a la nula eficacia jurídica del documento, más allá de su valor orientativo y programático, se aprecia en el mismo la postura mantenida por el Gobierno en relación con la CSE. Así, en referencia al Consejo de Europa, la medida 22ª señala que se «llevará a cabo la firma y ratificación de instrumentos internacionales en el marco del Consejo de Europa», indicando expresamente los Protocolos cuatro, siete y trece del CEDH, la ratificación del Convenio para la lucha contra la trata de seres humanos, y la firma del Convenio sobre blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y la financiación del terrorismo, de fecha 3 de mayo de 2005. Contrasta esta medida con la siguiente, la 23ª, que literalmente dispone que «se llevará a cabo una revisión del estado de ratificación por parte española de los instrumentos principales del Consejo de Europa en el ámbito social, en particular la Carta Social Europea Revisada y el Código Europeo de Seguridad Social, con vistas a su posible ratificación». Confrontando ambas medidas, se evidencia el escaso compromiso que manifiesta el Gobierno por la CSE, remitiéndose de forma ambigua e imprecisa a un futuro estudio sobre la posible ratificación; procrastinación que será empleada de nuevo en los años posteriores por distintos Gobiernos, en clara evitación de una vinculación plena de España con la CSE.

En el ámbito parlamentario, es el Grupo Vasco (EAJ-PNV) el que presenta el 27 de enero de 2009 una «Proposición no de Ley sobre la Carta Social Europea», que es aprobada en la Comisión de Trabajo e Inmigración, en su sesión de 14 de diciembre de 2010⁷¹. En su proposición, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) calificaba a la CSE como «el baluarte de la democracia social, y uno de los principales instrumentos para la defensa, mantenimiento y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales», constituyendo la

ausencia de ratificación por España «uno más de los importantes déficits sociales del Estado».

Sin desconocer la importancia de la proposición, el rigor técnico de la misma es deficiente, manifestando un claro desconocimiento de la estructura interna de la CSE. En este sentido, se presupone que la ratificación de la CSE revisada implica *per se* la asunción del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, lo cual, carece de sustento jurídico. El texto propuesto expone que la CSE revisada «profundiza y consolida el estado social europeo, comporta mayores beneficios al conjunto de la ciudadanía al incorporar nuevos derechos sociales, y fortalece el papel de los agentes sociales al dotarles de legitimación activa para formular reclamaciones colectivas por supuestas vulneraciones de los derechos contenidos en la Carta». Demuestra esta proposición el escaso conocimiento que de la dinámica de la CSE existía entre la clase política española. Y ello, por cuanto la ratificación de la CSE, ya sea en su versión originaria o en la revisada, no implica de forma automática la aplicación del Procedimiento de reclamaciones colectivas. Así, existen 34 países que han ratificado la CSE revisada (del total de 43, 9 lo han hecho de la originaria), y el Protocolo de reclamaciones colectivas solo se puede emplear por 15 países. Además, es posible también no tener ratificada la CSE revisada, sino la originaria, y poder emplear el procedimiento de reclamaciones colectivas (como es el caso de Croacia o de la República Checa)⁷².

El debate parlamentario que se llevó a cabo durante la tramitación de la proposición, en la Comisión de Trabajo e Inmigración, también adelantó cuál iba a ser la postura que mantendría el Gobierno de turno, en ese momento ocupado por el PSOE, en relación con la ratificación de la CSE revisada. El representante socialista en la referida comisión, el diputado

⁷⁰ Orden PRE/1597/2009, de 15 de junio, por la que se crea la Comisión de Seguimiento del Plan de Derechos Humanos del Gobierno de España. *BOE*, 16 de junio de 2009.

⁷¹ *BOCG*, 28 de diciembre de 2010.

⁷² SALCEDO BELTRÁN, C., *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 26-27.

Carro Garrote, informa que «las reticencias o las cuestiones que han provocado el retraso en la ratificación de la Carta Social Europea se ciñen especialmente a la dificultad que suponen para la ratificación algunas interpretaciones que lleva a cabo el Comité Europeo de Derechos Sociales que no tiene en cuenta únicamente el tenor literal de los preceptos sino también la interpretación que de ellos realiza el propio comité, lo que viene llamando la jurisprudencia del comité. Así, es frecuente, por ejemplo, que la carta utilice para fijar ciertos compromisos de los Estados expresiones vagas e imprecisas (...). Son expresiones que se prestan a interpretaciones del propio Comité Europeo de Derechos Sociales, que además no son interpretaciones estables en el tiempo sino que evolucionan con el tiempo, por lo cual en algunos casos suponen dificultades de encaje con la legislación española». Con todo, el PSOE vota a favor de la proposición y declara de forma genérica que «España (...) apoyará el contenido de la Carta Social Europea renovada y llevará a cabo desde el Ministerio de Trabajo una ronda de consultas encaminadas a adoptar una decisión sobre la ratificación de la misma»⁷³.

Se evidencia, por tanto, desde este primer momento, que el verdadero obstáculo para ratificar la CSE revisada radica en el mecanismo de efectividad de la misma articulado a través del CEDS. El partido en el Gobierno, en este caso socialista, proclama su compromiso con la CSE revisada, pero deja patente su renuencia a la ratificación, demostrando la escasa voluntad política de vincularse por las resoluciones del CEDS, lo que en último término implica una ausencia de compromiso con el sistema de derechos sociales implementado por el tratado, del que el CEDS es un anclaje esencial.

La propuesta del Grupo Vasco se aprueba por unanimidad y en sus propios términos en la Comisión de Trabajo e Inmigración, en la

sesión de 14 de diciembre de 2010, instando el Congreso de los Diputados al Gobierno a que «ratifique, a la mayor brevedad posible, la Carta Social Europea revisada de 1996 como instrumento básico para la defensa de los derechos sociales y la mejora del nivel de vida y bienestar de la ciudadanía europea».

En esa misma legislatura, el 1 de junio de 2010, se formula por el Grupo Parlamentario de *Esquerra Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds* pregunta al Gobierno sobre los motivos por los que España no ha procedido a ratificar la CSE revisada⁷⁴. En la respuesta escrita del Gobierno (nº 184/084954), se determina que, si bien no había «problemas insalvables entre el texto de la Carta Revisada y el estado de nuestra legislación y prácticas nacionales», existían aspectos puntuales de ciertos artículos que dificultaban su ratificación. El Gobierno no concreta en su respuesta cuáles son esos artículos y qué dificultades implican. No obstante, continua el Gobierno su respuesta señalando que «existe una dificultad añadida para la ratificación consistente en las interpretaciones que lleva a cabo el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que no tiene en cuenta únicamente el tenor literal de los preceptos sino también la interpretación que de ellos realiza el propio Comité (la llamada «jurisprudencia del Comité»). Así, es frecuente que la Carta utilice para fijar ciertos compromisos de los Estados expresiones vagas e imprecisas realizando el Comité interpretaciones, en ocasiones excesivas (...) sobre el alcance que debe darse a tales compromisos (...) Resulta, además, que las interpretaciones que el CEDS hace del texto de los artículos van variando con el paso del tiempo. Por esta vía, en la práctica, el CEDS va progresivamente ampliando el contenido obligacional del instrumento en cuestión, sin que exista seguridad jurídica para los Estados ratificantes. Esta situación se produce ya de hecho en relación a la Carta Social Europea que ha ratificado España y motiva que en las

⁷³ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 682 (2010), 14 de diciembre de 2010.

⁷⁴ *BOCG*, 1 de julio de 2010.

reuniones del Comité Gubernamental de la Carta Social sean constantes las puntualizaciones de los delegados gubernamentales, en el sentido de que numerosos casos de no conformidad formulados por el CEDS se deben a modificaciones en la interpretación de los artículos». Concluye el Gobierno con una fórmula que se convertirá en clásica al referirse a la CSE: «En todo caso, y dado el interés que para España tiene el contenido de la Carta Social Europea Renovada, se está llevando a cabo actualmente, desde el Ministerio de Trabajo e Inmigración, una nueva ronda de consultas encaminadas a adoptar una decisión sobre la eventual ratificación de la misma»⁷⁵.

De la respuesta del Gobierno se colige la misma ambigüedad que ha sido anotada más arriba: el Gobierno invoca un teórico y genérico compromiso con la CSE revisada, pero muestra reticencias a su ratificación, alegando como motivo el mecanismo de control principal del cumplimiento del Tratado. Además, se deduce la incomodidad del Gobierno con la labor llevada a cabo por el CEDS en relación con la CSE originaria, de plena vigencia en España.

Así, y que pese a que ambas premisas, compromiso con la CSE y rechazo de su mecanismo de control, tienen difícil cohabitación en un mismo posicionamiento, el Gobierno hará suyo este argumento, y, como se verá, lo empleará de forma recurrente a lo largo de las diferentes legislaturas; y ello, con independencia de la familia ideológica, socialdemócrata o conservadora, del partido político que en cada momento esté desarrollando la acción de gobierno.

4.4. La incipiente (y ¿coyuntural?) consolidación de la Carta Social Europea en el debate público (2012-2018)

Se corresponde ese periodo con el de mayor actividad en sede parlamentaria respecto a la CSE. Desde el año 2012, la CSE entra de lleno

en la escena política, y en sede parlamentaria se suceden debates en torno a su alcance, vinculación y el posicionamiento de España en relación con la misma.

Varias pueden ser las razones que justifican este repentino acercamiento de la clase política a un instrumento internacional, que, como se ha visto, no les había suscitado hasta entonces ningún tipo de interés. La crisis económica y social por la que atraviesa España en el periodo referido, con reformas laborales ausentes del consenso necesario por parte de los actores sociales y que implicaban la laminación de derechos laborales individuales, y, lo que es más trascendente, colectivos, llevaron a poner en primer plano de la agenda política a los derechos sociales⁷⁶. Consecuencia más o menos directa de ello, la irrupción en la escena parlamentaria de nuevos partidos políticos con un fuerte compromiso programático, al menos teórico, con la defensa y garantía de los derechos de los trabajadores, conformaron un sustrato óptimo para que se evidenciara, por fin, la trascendencia de la CSE en el ámbito político.

La culminación del proceso de empoderamiento de la CSE, convirtiéndose en un tema clave de la agenda pública y mediática, se desencadenó definitivamente por la labor de jueces y tribunales. Diferentes órganos jurisdiccionales, cuestionando las reformas labo-

⁷⁶ Sobre este particular, *vid.* CARRILLO, M., «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social», *Revista catalana de dret públic*, nº 46 (2013), pp. 47-72. Cfr. DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica», *Estudios de Deusto*, vol. 61, nº 2 (2013), pp. 43-68, GORDILLO PÉREZ, L.L., «La garantía de los derechos sociales en un contexto de crisis y políticas de austeridad», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 8 (2013), pp. 77-90, JIMENA QUESADA, L., «Gasto público y exigibilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº 8 (2013), pp. 19-37, y el magnífico estudio de MONEREO PÉREZ, J.L., «El derecho del trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política de derecho social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 38 (2014), pp. 1-77.

⁷⁵ BOCG, 14 de octubre de 2010.

rales operadas en España, y especialmente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, proceden a aplicar la CSE como estándar de protección más favorable, declarando inaplicable la legislación nacional en algunos de los casos enjuiciados, por ser contraria al compromiso internacional asumido por España⁷⁷. Constituye este un punto de inflexión en la relevancia de la CSE en nuestro país.

Alentados por las decisiones judiciales, y con cierto oportunismo político, diferentes partidos políticos se cuestionan la eficacia real de la CSE en España y el cumplimiento por nuestro país de los compromisos sociales internacionalmente asumidos. Fruto de estas circunstancias, se reproducen actuaciones en sede parlamentaria que se pueden agrupar en tres categorías: las que tienen como finalidad esencial exigir la ratificación por España de la CSE revisada, a la que en puntuales ocasiones se añade la firma y ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995; las que se dirigen a evidenciar los incumplimientos de España de los postulados de la CSE originaria, instando de forma expresa, aunque colateral al objetivo principal, la ratificación de la CSE revisada y del Protocolo de 1995; y aquellas que exclusivamente se refieren a los incumplimientos de España en relación con la CSE, no exigiendo expresamente la ratificación de la versión revisada de la Carta, ni del Protocolo de 1995.

Respecto a la primera de las categorías enunciada, se pueden destacar los siguientes actos parlamentarios en el ámbito estatal⁷⁸:

- Con el cambio de legislatura y de Gobierno, el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) reproduce de nuevo, el 28 de junio de 2012, su Proposición no de Ley sobre la CSE. La proposición adolece de las mismas deficiencias técnicas que han sido señaladas en relación con la formulada en la anterior legislatura, presuponiendo que la ratificación de la CSE revisada implica *per se* la asunción del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. La proposición, al igual que la anterior, es aprobada por unanimidad en la Comisión de Empleo y Seguridad Social, en la sesión de 26 de febrero de 2013, instando el Congreso de los Diputados al Gobierno a que «ratifique, a la mayor brevedad posible, la Carta Social Europea revisada de 1996 como instrumento básico para la defensa de los derechos sociales y la mejora del nivel de vida y bienestar de la ciudadanía europea»⁷⁹. En la discusión parlamentaria, se reproducen por parte del partido en el Gobierno, en esta ocasión el Partido Popular, los mismos argumentos que el anterior Gobierno socialista había esgrimido dos años antes. Así, se alude a que el CEDS realiza «una interpretación (...) demasiado excesiva para nuestra legislación», y que la ausencia de ratificación de la CSE revisada no obedece a la «desidia de los Gobiernos y desde luego en ningún caso del Gobierno del Partido Popular sino que ha sido un compromiso claro de que la ratificación de la Carta Social Europea se tenía que hacer con todas

⁷⁷ La primera sentencia que procede a aplicar directamente la CSE, relegando la legislación interna, fue la Sentencia nº 412 del Juzgado de lo Social, nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, que estima la demanda de un trabajador que había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, al amparo del RDL 3/2012, y que fue resuelto por el empleador dentro del periodo de prueba de un año previsto en la referida norma. *Vid.* epígrafe 5 del presente estudio.

⁷⁸ También desde los parlamentos autonómicos se han producido recientemente peticiones al Gobierno del Estado para que ratifique la CSE revisada y se adhiera al Protocolo de 1995. En este sentido, Resolución 443/XI del Parlamento de Ca-

taluña, sobre la ratificación de la CSE, de 2 de febrero de 2017, y Resolución 163/IX, de las Cortes Valencianas, sobre la ratificación de la CSE y la adhesión al Protocolo de reclamaciones colectivas, de 22 de marzo de 2016. Este tipo de proposiciones de las comunidades autónomas, realizadas al amparo de sus respectivos estatutos de autonomía, ya había sido adelantada como una posibilidad plausible por la doctrina. Cfr. TEROL BECERRA, M.J., «La España de los Derechos sociales en las Europas vistas desde las reformas estatutarias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13 (2009), p. 129.

⁷⁹ BOCG, 13 de marzo de 2013.

las bendiciones legales y sobre todo sin entrar en contradicción con un comité tan importante como es el Comité Europeo de los Derechos Sociales»⁸⁰.

- Pregunta escrita al Gobierno formulada por Unión, Progreso y Democracia el 1 de abril de 2013 sobre la ratificación de la CSE por España, sin ninguna referencia al Protocolo de 1995⁸¹. En su contestación, el Gobierno justifica su pasividad en las reticencias que los Estados miembros de la Unión Europea muestran a la ratificación de la CSE revisada, al contener más obligaciones que la Carta anterior⁸². Reitera el argumento retóricamente empleado en tantas ocasiones: el texto normativo no choca con la legislación española, pero sí lo hace «la interpretación habitual» del CEDS. No obstante, anuncia el Gobierno la existencia de un «nuevo informe del Ministerio de Trabajo e Inmigración, de marzo de 2012, que parece más favorable a la ratificación. Sigue señalando que hay interpretaciones del CEDS que no son acordes con la legislación española, pero parece encontrar menos grave que antes esa diferencia entre nuestro ordenamiento jurídico y la interpretación del Comité». En

su contestación, el Gobierno apunta, además, a un nuevo actor político que estará llamado a tener un papel fundamental en la resistencia de España a vincularse en mayor medida con la CSE: el Ministerio de Economía y Hacienda, que «sigue siendo reticente a la ratificación. Especialmente le preocupa (...) la obligación, que el Comité viene considerando que contraen los Estados, de fijar el salario mínimo en el 60% del salario medio nacional». Con todo, y sin desconocer las dificultades señaladas, el Gobierno ve posible la ratificación de la CSE revisada, haciendo uso de la posibilidad que el propio texto contempla de «exceptuar de ratificación un número determinado de artículos y párrafos, fórmula que podría ser utilizada de existir un interés para su ratificación». Esta última expresión condicional, «de existir un interés», denota la escasa relevancia real que la clase política otorgaba a la CSE; situación esta que cambiaría radicalmente pocos meses después, al conocerse las primeras resoluciones judiciales que cuestionaban la reforma laboral con base en la CSE.

- «Proposición no de Ley relativa a la ratificación de la Carta Social Europea revisada en 1996, así como del Protocolo de Reclamaciones colectivas de 1995», del Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos– *En Comú Podem*– En Marea, presentada el 21 de diciembre de 2016⁸³. En esta proposición, tras considerar la CSE como el tratado europeo de protección y garantía de derechos sociales por excelencia, se insta al Gobierno a ratificar la CSE revisada y a suscribir y ratificar el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995; acuerdos de ratificación que resultan imprescindibles en atención a nuestro texto constitucional y a la consideración de España como un Estado

⁸⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 270 (2013), 26 de febrero de 2013.

⁸¹ Con anterioridad, se había formulado una pregunta escrita al Gobierno por el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*), el 6 de marzo de 2012, sobre las previsiones de ratificación de la CSE por España, sin ninguna referencia al Protocolo de 1995. En su contestación, el Gobierno, invocando su genérico compromiso con los derechos sociales y su vinculación a la CSE, justifica la ausencia de ratificación en algunas dificultades de cohabitación entre los preceptos de la CSE revisada y nuestro ordenamiento jurídico interno, y, principalmente, en las «dificultades derivadas de la interpretación» que el CEDS hace del Tratado, interpretaciones que en ocasiones resultan «excesivas, sobre el alcance que debe darse a tales compromisos». *BOCG*, 6 de junio de 2012. Tras conocer la respuesta del Gobierno, el Grupo Parlamentario Catalán realiza la «Proposición no de Ley sobre la ratificación de la Carta Social Europea Revisada» (nº 161/000710), que no prospera por caducidad en la tramitación.

⁸² *BOCG*, 28 de mayo de 2013.

⁸³ *BOCG*, 5 de enero de 2017.

social, democrático y de Derecho (art. 1 CE), y cuya ineficacia en España, por no haber sido incorporados al ordenamiento jurídico interno, se considera «incomprensible e injustificable».

- «Proposición no de Ley sobre ratificación de la Carta Social Europea» del Grupo Parlamentario Mixto, a instancias de *Compromís*, presentada el 21 de marzo de 2017⁸⁴. La exposición de motivos de la proposición recuerda el papel que está llamado a jugar el Consejo de Europa como guía del camino que deben seguir los países en el continente europeo, cuyo futuro debe inspirarse en los valores inherentes a esta organización internacional: «la defensa de los derechos humanos y la promoción de los principios democráticos y del Estado de Derecho». Basándose en la indivisibilidad de los derechos fundamentales, se insta al Gobierno a la ratificación de la CSE revisada y del Protocolo de reclamaciones colectivas, lo que resulta imprescindible en coherencia con nuestro ordenamiento jurídico constitucional.
- Interpelación urgente al Gobierno relativa a la ratificación de la CSE revisada, así como la firma y ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos– *En Comú Podem*– En Marea el 8 de noviembre de 2017. Pocos días después, el día 15 del mismo mes, el Pleno del Congreso de los Diputados debate la interpelación. La ministra de Empleo y Seguridad Social asegura en su intervención que el Gobierno está

estudiando la ratificación de la CSE revisada, pero que razones de seguridad jurídica y de respeto al principio de legalidad les impiden hacerlo por el momento. Se aduce que «existe un intenso debate interno en el Consejo de Europa acerca de la inseguridad jurídica creada por esa interpretación dinámica que sobre la Carta Social Europea revisada hace el Comité de Derechos Sociales», lo que aconseja prudencia⁸⁵. Además, se argumentan supuestas incompatibilidades entre el Consejo de Europa y la Unión Europea en materia de derechos sociales; razonamiento este que empezará a insertarse en el discurso político para procrastinar la ratificación. Consecuencia de la interpelación urgente, se presenta una moción en Pleno, y en el debate de la misma, el 21 de noviembre de 2017, la ministra de Empleo y Seguridad Social reitera los motivos aducidos días antes, si bien, y en relación con el Protocolo de 1995, asoma la negativa del Gobierno a suscribirlo por el momento, pues «ha presentado muchos problemas para los firmantes dadas las discrepancias entre el derecho comunitario y el de la Carta Social Europea, ya que en el caso de los países miembros de la Unión Europea se plantean contradicciones en el sentido de que al cumplir con uno de los derechos se incumple con otro, dejando a estos Estados en precario al poder ser objeto de denuncia, tal y como ocurrió en el caso Laval»⁸⁶. La moción es aprobada el 23 de noviembre de 2017 por 328 votos a favor y ninguno en contra, sin que hasta la fecha, como era previsible, haya tenido ninguna consecuencia práctica⁸⁷.

⁸⁴ BOCG, 4 de abril de 2017. Con anterioridad, el 23 de abril de 2014, este mismo grupo había formulado una propuesta similar a través del mismo partido político («Proposición no de Ley sobre adhesión y ratificación definitiva de la Carta Social Europea», nº 161/002696), si bien la misma no pudo prosperar por caducidad en su tramitación. Cfr. JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La protección internacional...», *op. cit.*, pp. 47-49.

⁸⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 90 (2017), 15 de noviembre de 2017.

⁸⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 91 (2017), 21 de noviembre de 2017.

⁸⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 93 (2017), 23 de noviembre de 2017.

Junto a estas proposiciones, durante el periodo parlamentario analizado se reproducen los requerimientos y reprobaciones al Gobierno de España por los incumplimientos de la CSE que habían visibilizado los jueces y tribunales. En la práctica totalidad de estos casos, se aprovecha la oportunidad para solicitar la ratificación de la CSE en su versión revisada y del Protocolo de 1995. Entre otras actuaciones, y siguiendo el mismo orden cronológico mantenido anteriormente, cabría destacar las siguientes:

- «Proposición no de Ley sobre el alcance de los incumplimientos por la legislación laboral española de la Carta Social Europea», presentado el 4 de marzo de 2016 por el Grupo Parlamentario Podemos– *En Comú Podem*– En Marea, y que fue aprobada por la Comisión de Empleo y Seguridad Social⁸⁸.
- «Proposición no de Ley sobre el alcance de los incumplimientos de la legislación española de la Carta Social Europea» del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos– *En Comú Podem*– En Marea, presentada el 13 de febrero de 2018⁸⁹. En esta proposición no de ley, tras destacar los incumplimientos de España en relación con la CSE evidenciados por las conclusiones anuales del CEDS, se insta de nuevo al Gobierno a ratificar la CSE revisada y a firmar y ratificar el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995.

Por último, se generan en el periodo analizado diferentes propuestas parlamentarias que se limitan a evidenciar incumplimientos de España de la CSE, sin solicitar la ratificación de la CSE revisada ni referirse al Protocolo de 1995. Todas estas propuestas traslucen

un escaso compromiso de los grupos políticos con la CSE, limitándose a emplearla como instrumento para cuestionar la acción del Gobierno, animados, en gran medida, por las resoluciones judiciales que se venían produciendo en el ámbito interno. Entre otras acciones parlamentarias, cabe señalar las que siguen:

- Pregunta oral en Pleno formulada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ–PNV) sobre el empleo juvenil y el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, que se califica en su pregunta como de dudosa legalidad y «contrario a la Carta Social Europea según lo resuelto por diversos Juzgados de lo Social»⁹⁰. La contestación del Gobierno se produce en la sesión de 12 de febrero de 2014, a través de la ministra de Empleo y Seguridad Social, sin apenas referencia a la CSE. En su contestación, y respecto al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, el Gobierno se limita a señalar, sin entrar en el fondo del debate, que el referido contrato fue regulado de conformidad «con el procedimiento legislativo previsto en la Capítulo II del Título III de la Constitución Española, por lo que carece de sentido cuestionar su legalidad»⁹¹.
- «Proposición no de Ley relativa a la dignificación del Salario Mínimo Interprofesional acercándolo al 60% del salario medio, tal y como establece la Carta Social Europea», presentado por el Grupo Parlamentario Socialista el 26 de diciembre de 2014⁹². En el debate parlamentario, llevado a cabo en sesión plenaria el 9 de junio de 2015, se observa como los diferentes partidos en los que ha recaído la acción de gobierno en las últimas décadas, se reprochan mu-

⁸⁸ BOCG, 18 de abril de 2016. Con anterioridad, análoga proposición había sido formulada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, el 28 de enero de 2015, si bien la misma caducó en su tramitación. BOCG, 10 de febrero de 2015.

⁸⁹ BOCG, 23 de febrero de 2018.

⁹⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 175 (2014), 12 de febrero de 2014.

⁹¹ BOCG, 18 de noviembre de 2014.

⁹² BOCG, 17 de junio de 2015.

tuamente su ausencia de compromiso con la CSE, ilustrando la instrumentalización que la CSE ha venido sufriendo como herramienta de desgaste político del partido que en cada momento ha venido ostentando el poder ejecutivo⁹³. Idéntica proposición se reproduce por mismo grupo político el 20 de julio de 2016⁹⁴.

- Preguntas al Gobierno con respuesta escrita sobre diferentes vulneraciones de la CSE que se imputan a España por el CEDS, haciendo especial referencia a la reforma laboral operada por la Ley 3/2012⁹⁵. Estas cuestiones son formuladas por el Grupo Parlamentario Catalán (*Convergència i Unió*) el 29 de enero de 2015. En respuesta a las mismas, el Gobierno niega dichos incumplimientos y acude de nuevo al recurrente argumento de la cuestionable labor que a su juicio realiza el CEDS, que, en ocasiones, no se compadece con el texto literal de la CSE⁹⁶.

Pese a todas las propuestas formuladas, no parece que el poder ejecutivo, al menos en un futuro próximo, vaya a ratificar la CSE revisada ni a firmar y ratificar el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. Resulta clarificadora, a este respecto, la respuesta escrita n° 184/10716 de 31 de mayo de 2017 del Gobierno, a la pregunta formulada el 23 de marzo del mismo año por el *Partit Demòcrata*. Preguntado por este extremo, el Gobierno aprovecha para eximirse de los incumplimien-

⁹³ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, n° 285 (2015), 9 de junio de 2015.

⁹⁴ *BOCG*, 12 de septiembre de 2016.

⁹⁵ Entre otros incumplimientos, se señalan los plazos razonables de preaviso, la remuneración justa o un mayor tiempo libre compensatorio de las horas extraordinarias y la vulneración del derecho a la negociación colectiva, al aprobarse la reforma laboral sin la consulta de los sindicatos y las organizaciones patronales, permitiendo, además, la misma reforma, que los empleadores puedan de manera unilateral no aplicar las condiciones pactadas en los convenios colectivos.

⁹⁶ *BOCG*, 8 de julio de 2015.

tos que por el CEDS se le imputan en relación a la CSE originaria, señalando que «conviene recordar respecto al cumplimiento de la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España, que algunas de las objeciones que se plantean a nuestro país no parecen tener su origen en el propio contenido de la Carta de 1961, en apariencia de carácter general y declarativo, sino en la interpretación dinámica y cambiante que realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el mismo». Con base a este argumento, se entiende por el Gobierno que la labor del CEDS deriva, en la práctica, en que «se eleve el contenido obligacional de la Carta, y se genere inseguridad jurídica para los Estados ratificantes», extremo este que «se trasladaría también a los nuevos derechos que incluye la Carta Social Europea Revisada». En cualquier caso, se deja abierta la puerta a «la ratificación parcial, que es una posibilidad permitida por la propia Carta».

Esta respuesta del Gobierno plasma de forma sintética y gráfica el recelo que los poderes públicos tienen del CEDS como garante y máximo intérprete de la CSE. Se desconoce, de este modo, el papel vital que juega el CEDS como garante de los derechos derivados de la CSE y los propios mecanismos de efectividad del Tratado. Así, y bajo una aparentemente indeseable inseguridad jurídica, se disfraza la ausencia de un compromiso decidido con la CSE en toda su extensión.

5. LA EFECTIVA RECEPCIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL ORDENAMIENTO INTERNO: BREVE REFERENCIA A LA LABOR DE JUECES Y TRIBUNALES

Como se ha venido apuntando, la efectiva recepción de la CSE en nuestro ordenamiento jurídico se debe, en gran medida, a la actuación de jueces y tribunales. Se aparta de la finalidad de este estudio profundizar en este aspecto, pero sí que resulta ilustrativo para el objeto de análisis sistematizar las etapas de la CSE en España, tomando como referencia la

actividad jurisdiccional interna⁹⁷. En este sentido, cabría distinguir dos fases claramente delimitadas y sustancialmente diferentes por lo que atañe a la aplicación, estudio e integración de la CSE en nuestra jurisprudencia.

Existe un primer momento temporal, que se prolonga desde 1980 hasta el año 2012, en el que las alusiones de nuestros órganos jurisdiccionales a la CSE son mínimas y de carácter residual, haciéndose mención a su existencia y contenido en términos amplios y puramente teóricos, pero sin producirse una aplicación directa de la misma. Pese a que muchas resoluciones judiciales invocan a la CSE en esta etapa, el papel del Tratado en las mismas es secundario, limitándose a reforzar argumentaciones o interpretaciones jurídicas basadas esencialmente en la legislación nacional⁹⁸. Especialmente destacable en este periodo ha sido la proyección que la CSE ha tenido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en temas tan trascendentes como el derecho de huelga, la discriminación por razón de sexo, el derecho a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la Seguridad Social⁹⁹.

La segunda fase anunciada, se inicia en el año 2013 y puede considerarse que se extiende hasta nuestros días. Se produce en estos años la culminación del proceso de visibilización de la CSE en nuestro ordenamiento jurídico

⁹⁷ Para un análisis exhaustivo del papel que la jurisprudencia ha tenido en la recepción de la CSE en nuestro país, cfr. el exhaustivo estudio de SALCEDO BELTRÁN, C., «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 13 (2016), pp. 27-52.

⁹⁸ Así, y a título meramente ejemplificativo, se ha invocado la CSE en temas tan variados como las prestaciones por maternidad (STS, de 11 de mayo de 1998, rec. nº 3962/1997 y STSJ País Vasco, de 9 de febrero de 1999, rec. nº 2904/1998), tiempo de trabajo y descanso (SSTS, de 9 de junio de 1992 y de 26 de junio de 2002, rec. nº 732/1991 y 124/2002, respectivamente), y sobre pensión de viudedad y discriminación por razón de sexo (STSJ Madrid, de 17 de junio de 1999, rec. nº 1823/1999).

⁹⁹ Cfr. OLARTE ENCABO, S., «XL Aniversario del ingreso de España en el Consejo de Europa. Luces, sombras y retos desde la perspectiva social», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 37 (2018), pp. 80-85.

como consecuencia de la labor de jueces y tribunales. Diferentes órganos jurisdiccionales, cuestionando las reformas laborales operadas en España, y especialmente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, proceden a aplicar la CSE como estándar de protección más favorable, declarando inaplicable la legislación nacional en algunos de los casos enjuiciados, por ser contraria al compromiso internacional asumido por España. De este modo, algunas resoluciones judiciales se alejan del uso residual de la CSE y se inicia una tímida corriente de resoluciones judiciales que optan por la aplicación directa de la misma, ya no como un tratado de referencia, consulta, o apoyo argumental, sino como una norma más integrada en el ordenamiento jurídico español, susceptible de ser aplicada directamente en la resolución de las diferentes controversias que puedan plantearse en sede jurisdiccional. La primera resolución judicial que procede a aplicar directamente la CSE en detrimento de la legislación interna, fue la Sentencia nº 412 del Juzgado de lo Social, nº 2 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2013, que estima la demanda de un trabajador que había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores al amparo del RDL 3/2012, y que fue resuelto por el empleador dentro del periodo de prueba de un año previsto en la referida norma¹⁰⁰. Esta resolución marca el comienzo de este segundo momento temporal. Lejos de tratarse de un pronunciamiento judicial aislado, supone el punto de partida para distintas sentencias que se irán sucediendo en los años siguientes, y que implican la aplicación real y directa del contenido de la CSE¹⁰¹.

¹⁰⁰ Sobre este punto, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 15 (2016), pp. 18-44.

¹⁰¹ Entre otras, sobre el periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores, *vid.* SJS nº 1 de Tarragona, de 2 de abril de 2014, SJS nº 1 de Toledo, de 27 de noviembre de 2014, y la SJS nº 9 de Las Palmas de Gran Canaria, de 31 de marzo de 2015. En relación con la consideración de

Esta nueva orientación, latente en los órganos jurisdiccionales de primera y, en menor medida, también de segunda instancia, no ha sido aún aceptada por el Tribunal Supremo, que, siguiendo una línea argumentativa más tradicional, continúa inadmitiendo los recursos de casación en unificación de doctrina que utilizan las decisiones y conclusiones del CEDS, para alegar la existencia de contradicción respecto a resoluciones derivadas de los órganos jurisdiccionales nacionales¹⁰².

De este modo, si bien es cierto que en estos últimos años, especialmente a raíz de la reforma laboral de 2012, se aprecia una tendencia de cambio, la dinámica general que los órganos jurisdiccionales nacionales han seguido respecto a la CSE, pone en evidencia la prácticamente nula repercusión que este Tratado y los pronunciamientos del CEDS han tenido en nuestro ordenamiento jurídico interno. Con todo, no puede obviarse la trascendencia que, más allá de las concretas resoluciones judiciales, ha supuesto este giro de enfoque, al facilitar que la CSE irrumpiera en el ámbito público y mediático, pasando del olvido a ser objeto de recurrentes debates jurídicos, también en sede jurisdiccional.

6. LA INVOCACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA LEGISLACIÓN INTERNA Y EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Como se ha venido reiterando, la efectiva recepción de la CSE en nuestro ordenamiento jurídico es deudora en buena medida de la meritoria acción de jueces y tribunales que, en una coyuntura específica, toman conciencia de su aplicabilidad y virtualidad.

las guardias localizadas como tiempo de trabajo, cfr. SJS nº 3 de Barcelona, de 27 de octubre de 2015, STSJ Canarias, de 28 de enero de 2016 (rec. nº 581/2015), STSJ Castilla y León (Valladolid), de 19 de diciembre de 2016 (rec. nº 2099/2016), y STSJ Canarias, de 31 de enero de 2017 (rec. nº 1300/2016).

¹⁰²Por todos, *vid.* Autos del TS, de 4 de noviembre de 2015 (rec. nº 926/2015) y de 7 de noviembre de 2017 (rec. nº 2234/2017).

Junto a los órganos jurisdiccionales, la CSE ha sido invocada desde otros ámbitos con trascendencia jurídica, con la única finalidad, en la gran mayoría de ocasiones, de reforzar o poner de relieve en nuestra regulación interna determinados derechos sociales. A este respecto, resulta pertinente enunciar, siquiera someramente, las alusiones a la CSE realizadas por el legislador interno y por la negociación colectiva¹⁰³.

En el entorno legislativo, y prescindiendo de la eventual permeabilidad que nuestra regulación haya tenido en relación con los contenidos de la CSE, extremo este que no resulta abarcable en un estudio de estas características, las referencias directas a la CSE son escasas, concentrándose en su gran parte en el ámbito autonómico; indicio este que puede ser apreciado como un empoderamiento de las comunidades autónomas en materia de derechos sociales¹⁰⁴.

En el ámbito estatal apenas se aprecian referencias a la CSE en los textos normativos. Las escasas menciones a la CSE se encuentran en las exposiciones de motivos de las normas y en materias vinculadas directamente con la protección de la familia¹⁰⁵. También puntual-

¹⁰³Además del ámbito legislativo y de la negociación colectiva, conviene dejar constancia, aunque sea a título de mero apunte, de la labor que los defensores del pueblo han llevado a cabo con relación a la CSE. Sobre este particular, cfr. TERRÁDEZ SALOM, D., «Las defensorías del pueblo españolas frente a la Carta Social Europea», *Lex Social*, nº 2 (2015), pp. 328-354, y SALCEDO BELTRÁN, C., «El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas», *Revue Miroirs*, nº 2 (2015), pp. 86-109.

¹⁰⁴MILIONE, C. «¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada en 1996? Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión», *Lex Social*, nº 2 (2012), p. 131.

¹⁰⁵Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, y Real Decreto-ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social.

mente existe alguna alusión en relación con la suficiencia del salario mínimo y la CSE¹⁰⁶. Solo concurre una norma que introduce en su texto articulado una reseña expresa a la CSE, aunque en un precepto de contenido netamente programático¹⁰⁷.

Entrando en el entorno autonómico, las alusiones a la CSE que realiza la legislación en este ámbito cabría clasificarlas, a efectos meramente sistemáticos, del siguiente modo:

- Referencias en los estatutos de autonomía reformados¹⁰⁸. Algunos estatutos de autonomía han introducido en sus últimas reformas referencias en su texto articulado a la CSE, proclamando que los ciudadanos de su territorio gozan de todos los derechos reconocidos en la legislación nacional e internacional, y destacando expresamente su vinculación con la CSE. Es el caso del Estatuto de Autonomía de Andalucía (art. 9)¹⁰⁹, del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears* (art. 13)¹¹⁰, y del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (art. 8)¹¹¹.
- Invocaciones en preámbulos o exposiciones de motivos de normas autonómicas.

¹⁰⁶Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía. Se alude en el preámbulo de esta norma a la necesidad de que el salario mínimo interprofesional en España se aproxime «a una cuantía más cercana al 60 por ciento del salario medio de los trabajadores tal y como recomienda la Carta Social Europea del Consejo de Europa».

¹⁰⁷Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado. En su art. 5.1 b) establece que la acción voluntaria se deberá desarrollar con arreglo a distintos valores, entre los que cita aquellos que derivan de la CSE.

¹⁰⁸Sobre este punto, *vid.* el completo estudio de TEROL BECERRA, M.J., «La España de los Derechos sociales...», *op. cit.*, pp. 115-122.

¹⁰⁹Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía. *BOE*, 20 de marzo de 2007.

¹¹⁰Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las *Illes Balears*. *BOE*, 1 de marzo de 2007.

¹¹¹Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *BOE*, 11 de abril de 2006.

Constituye esta la principal fórmula de empleo de la CSE que se constata en la legislación autonómica. Principalmente, concurren estas invocaciones en materias ligadas a los servicios sociales¹¹² y al voluntariado¹¹³, aunque también se visibilizan en materias como vivienda¹¹⁴, sanidad¹¹⁵, empleo¹¹⁶, protección de colectivos específicos¹¹⁷, y otros contenidos de carácter más transversal¹¹⁸. En la gran mayoría de ocasiones la alusión es genérica, citándose expresamente en escasas oportunidades algún precepto concreto

¹¹²Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de servicios sociales de Andalucía, Ley 12/2007 de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña, Ley 14/2010, de 16 de diciembre, de servicios sociales de Castilla-La Mancha, Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las *Illes Balears*, Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón, y Ley 14/2015, de 9 de abril, de servicios sociales de Extremadura.

¹¹³Ley 4/1995, de 16 de marzo, de voluntariado en Castilla-La Mancha, Ley 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado en la Región de Murcia, Ley 7/2001, de 12 de julio, del voluntariado (Andalucía), Ley 4/2001, de 19 de junio, del voluntariado (Comunidad Valenciana), Ley 4/1998, de 15 de mayo, de voluntariado de Canarias, Decreto 59/2000, de 26 de julio, por el que se regula el voluntariado cultural en Cantabria, y Ley Foral 2/1998, de 27 de marzo, del voluntariado (Navarra)

¹¹⁴Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la *Comunitat Valenciana*, Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la vivienda de la Comunidad Valenciana, y Ley 2/2017, de 17 de febrero, de emergencia social de la vivienda de Extremadura.

¹¹⁵Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, y Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra.

¹¹⁶Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, Ley 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las *Illes Balears*, y Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo. Esta última norma inicia su preámbulo con una invocación directa a la CSE, dotándola de gran protagonismo, siquiera simbólico.

¹¹⁷Ley 11/2003, de 10 de abril, de la *Generalitat*, sobre el Estatuto de las personas con discapacidad, Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales (Canarias), y Decreto 12/2003, de 4 de abril, por el que se fijan medidas de apoyo a la familia, a la conciliación de la vida laboral y familiar, y a la inserción y promoción laboral de las mujeres en La Rioja.

¹¹⁸Ley 14/2017, de 10 de noviembre, de memoria democrática y para la convivencia de la *Comunitat Valenciana*.

de la CSE¹¹⁹. Dentro de esta clase de normas, podría distinguirse entre aquellas que refuerzan el carácter obligatorio de la CSE, y las que atribuyen al Tratado una función más programática a modo de *soft-law*¹²⁰.

- Incorporación de la CSE en el texto articulado de la legislación autonómica. Son exiguas las normas autonómicas que incluyen en su texto articulado alguna referencia a la CSE. Estas normas, generalmente con vocación programática y con escasa eficacia directa en la práctica, se limitan a señalar el carácter vinculante de la CSE en nuestro país en cuanto a la interpretación de los derechos sociales¹²¹.

Pasado a la negociación colectiva, un ámbito en el que la CSE está llamada a desplegar toda su eficacia, las alusiones al Tratado son exiguas. Así, son escasísimos los convenios colectivos que invocan la CSE, limitándose cuando lo hacen a emplearla con carác-

ter programático y en relación con concretas materias. En este sentido, las referencias se condensan en dos temas: la resolución extrajudicial de conflictos¹²² y el acoso moral, sexual y por razón de sexo¹²³. Fuera de estos dos concretos contenidos, solo se ha podido localizar un convenio colectivo que se refiera a la CSE en otros ámbitos objeto de negociación, y, concretamente, en materia de retribución salarial¹²⁴.

Vinculado directamente con la negociación colectiva, últimamente la CSE ha comenzado a ser empleada en otros sentidos, como la impugnación de determinados convenios colectivos¹²⁵ y la elaboración de planes de igualdad¹²⁶.

¹²² Vid. art. 33 del Convenio colectivo del sector de hostelería de la provincia de La Coruña, *BOP La Coruña*, 18 de julio de 2017, y art. 33 del Convenio colectivo de transporte por mercancías por carretera de Badajoz y su provincia, *DO Extremadura*, 28 de julio de 2016. Estas referencias tienen su origen remoto en la remisión que el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 1985-1986 hacía al art. 6 de la CSE en materia de resolución extrajudicial de conflictos (*BOE*, 10 de octubre de 1984).

¹²³ Vid. art. 36 del Convenio colectivo de comercio de mayoristas de frutas varias, hortalizas y plátanos de La Coruña, *BOP La Coruña*, 31 de julio de 2008, art. 52 del Convenio colectivo de fabricación y venta de mantecados, polvorones, roscos, alfajores y demás productos de la Estepa, *BOP Sevilla*, 4 de diciembre de 2017, art. 42 del VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski, *BOE*, 26 de febrero de 2018, y art. 40 del Convenio colectivo de la empresa GESMACONT, S.L. *BOP Cádiz*, 9 de abril de 2018.

¹²⁴ Cfr. Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Zufre, cuyo art. 11, bajo la rúbrica «retribuciones económicas», dispone que el Ayuntamiento no aplicará planes de ajuste «que no hubieran sido previamente negociados con los representantes de los trabajadores, ni reformas laborales que resultaran contrarias a la Carta Social Europea». *BOP Huelva*, 6 de mayo de 2016.

¹²⁵ Cfr. SAN 78/2015, de 30 de abril de 2015, relativa al Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el 2015, y STS, de 12 de mayo de 2015 (nº rec. 153/2014), relativa al Convenio colectivo estatal de grandes almacenes.

¹²⁶ Cfr. Resolución de 29 de marzo de 2017, de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, sobre registro, depósito y publicación del I Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres del Ayuntamiento de Madrid y sus Organismos Autónomos. *BOCM*, 13 de mayo de 2017, y Anexo II al Convenio colectivo de la empresa TI AUTOMOTIVE, S.A., *BOP Pontevedra*, 23 de mayo de 2014.

¹¹⁹ Entre otras, vid. Ley 12/2007 de 11 de octubre, de servicios sociales de Cataluña, Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las *Illes Balears*, Ley 14/2017, de 20 de julio, de la renta garantizada de ciudadanía (Cataluña), Ley 5/2009, de 30 de junio, de servicios sociales de Aragón, Ley 14/2015, de 9 de abril, de servicios sociales de Extremadura, y Ley 4/1996, de 22 de mayo, relativa al Instituto Aragonés de Servicios Sociales, que citan expresamente el art. 14 CSE; y Ley 4/2002, de 16 de diciembre, de creación del Servicio Andaluz de Empleo, que menciona el art. 1.1 CSE.

¹²⁰ Entre las primeras, Ley 7/2000, de 15 de junio, de creación del Servicio de Empleo de las *Illes Balears*. Una muestra del segundo tipo, se puede encontrar en la Ley 11/2003, de 10 de abril, de la *Generalitat*, sobre el Estatuto de las personas con discapacidad. Se sigue en este punto a JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del estado social español...», *op. cit.*, pp. 55-56.

¹²¹ Cfr. Ley 4/2012, de 15 de octubre, por la que se aprueba la Carta de Derechos Sociales de la *Comunitat Valenciana* (art. 3.2), Decreto 56/2016, del *Consell*, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la *Generalitat* (art. 6), Decreto 64/2004, de 6 de abril, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de las personas usuarias y profesionales de los servicios sociales en la Comunidad Autónoma del País Vasco y el régimen de sugerencias y quejas (art. 3), y Orden 1311/2017, de 3 de agosto, del Consejero de Políticas Sociales y Familia, por la que se aprueba la carta de Derechos Sociales de la Comunidad de Madrid (apartado 2).

7. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Como se ha podido constatar, la relación de España con la CSE ha venido marcada por la indiferencia y por la carencia de compromiso. Cuando en 1978 España se adhiere al Tratado, las esperanzas eran muchas. El momento histórico que se estaba viviendo en nuestro país se proyectaba en un deseo de unión con Europa, en un sentimiento de pertenencia hacia un proyecto colectivo que, rápidamente, se va a anclar en un plano más simbólico que real.

Durante estas cuatro décadas, la CSE ha ido penetrando en nuestro ordenamiento jurídico de forma fragmentada, esporádica y con escasa coherencia. Las razones que pueden explicar esta situación son muchas, pero, sobre todas ellas, la escasa relevancia que ha venido teniendo la CSE en España se anuda necesariamente al exiguo interés que desde el poder político ha despertado este Tratado. Prueba de ello es que España se haya venido negando de forma sistemática a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995; y ello, con independencia de la tendencia política del partido que ocupara el Gobierno en cada momento. Las pretextos que, a modo de efugio, los diferentes Gobiernos han aducido para esta ausencia de vinculación han sido muchos, desde las dificultades que implicaba el texto en relación con nuestra pertenencia a la Unión Europea, hasta la supuesta incompatibilidad de algunos preceptos con nuestro ordenamiento interno. Sobre todas ellas, el recelo que el CEDS suscita como máximo intérprete de la CSE, y la pérdida de control político que sobre los derechos sociales ello conlleva, puede ser considerado como el auténtico móvil encubierto que ha venido cimentado esta pasividad política.

El cambio operado en los últimos cinco años como consecuencia de la aplicación directa por los órganos jurisdiccionales espa-

ñoles de la CSE, ha supuesto que la misma irrumpiera en el debate público. La trascendencia política de las referidas resoluciones judiciales, que ponían en cuestionamiento la legalidad de la reforma laboral del Gobierno, han insertado a la CSE en la agenda política. Ello ha supuesto también que buena parte de la doctrina *iustlaboralista* tomara conciencia de la CSE, que ha pasado de ser una materia olvidada a ser objeto de análisis recurrente.

El alcance de este cambio de tendencia respecto a la CSE es, como se ha señalado, aún incipiente. Será necesario esperar para ponderar adecuadamente si ello obedece, como todo apunta, a una tendencia política oportunista ligada al momento histórico que se está viviendo, o, por el contrario, conlleva una carga de convicción y compromiso de los poderes públicos con la CSE y con el reconocimiento y garantía efectiva de los derechos sociales en toda su amplitud.

En último término, los recelos que suscita la CSE en nuestro país evidencian las dudas que, con carácter general, se originan sobre el alcance y contenido de los derechos sociales, en los nuevos contextos socioeconómicos surgidos como consecuencia de los procesos de globalización y de la irrupción de las tecnologías de la información y comunicación. Sin desconocer la necesidad de adaptar el sistema de relaciones laborales a las nuevas realidades, cualquier proceso de ajuste debe pasar necesariamente por la consolidación y profundización en los derechos sociales, conquista colectiva que se ha venido presentando como instrumento indispensable de cohesión social, progreso e integración cívica. Así, en una coyuntura como la actual, con una profunda crisis de ajuste del sistema de relaciones laborales y de los valores que han sustentado el progreso social en Europa, el compromiso de España con la CSE y con los derechos sociales y sus garantías resulta, más que nunca, inexcusable.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY ZARAGOZA, E., «Evolución histórica del trabajo de la mujer hasta nuestros días», *Aranzadi Social*, n° 5 (2004).
- BAJO GARCÍA, I., «La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 40 (2015).
- BELORGEY, J.M., «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, n° 70 (2007).
- CARDONA RUBERT, M. B., «La situación del Estado español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea», *Revista de Derecho Social*, n° 69 (2015).
- CARRILLO, M., «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social», *Revista catalana de dret públic*, n° 46 (2013).
- CARRILLO SALCEDO, J.A., «Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 18, n° 2 (1991).
- CASTILLO DAUDÍ, M., «La Carta Social Europea treinta años después: el Protocolo de 21 de octubre de 1991», *Tribuna Social*, n° 27 (1993).
- DELGADO DEL RINCÓN, L. E., «El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica», *Estudios de Deusto*, vol. 61, n° 2 (2013).
- DÍEZ DE VELASCO VALLEJO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, Tecnos, 15ª ed., 2005.
- ESCOBAR ROCA, G., «Indivisibilidad y derechos sociales: de la Declaración Universal a la Constitución», *Lex Social: revista de los derechos sociales*, n° 2 (2012).
- FERNÁNDEZ MARCOS, L., «El principio de no discriminación por razón de sexo y los trabajos prohibidos a la mujer en la legislación de seguridad e higiene», *Actualidad Laboral*, n° 1 (1990).
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 15 (2016).
- GORDILLO PÉREZ, L.I., «La garantía de los derechos sociales en un contexto de crisis y políticas de austeridad», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n° 8 (2013).
- 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).
- «El último bastión en la defensa de los derechos sociales: la Carta Social Europea», *RJUAM*, n° 29 (2014).
 - «Gasto público y exigibilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n° 8 (2013).
 - «La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La Armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2012.
 - «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España», en JIMENA QUESADA, L. (coord.), *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
 - «La Carta Social Europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 13 (2009).
 - «La protección internacional de los derechos sociales y laborales: la Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Social*, n° 65 (2014).
 - «Retos pendientes del estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, n° 2 (2006).
 - y SALCEDO BELTRÁN, C., «Desafíos para la protección de los derechos sociales en Europa: la Carta Social Europea», *Revista de Administración Pública*, vol. 47 (2016).
- JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 25 (2015).
- LÓPEZ RUBIA, E., «De una legislación proteccionista a una normativa neutra en materia de prevención de riesgos laborales», *Lan Harremanak*, n° 23 (2010-2011).

- MILIONE, C. «¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada en 1996? Algunas reflexiones sobre el estado de la cuestión», *Lex Social*, nº 2 (2012).
- MONEREO PÉREZ, J.L., «El derecho del trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política de derecho social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 38 (2014).
- «El principio de indivisibilidad e interdependencia en el sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales», *Revista Derecho del Trabajo*, nº 15 (2017).
- MORÁN, M^a L. «La cultura política y la interpretación de las transiciones a la democracia. Notas sobre el caso español», *Política y Sociedad*, nº 20 (1995).
- OLARTE ENCABO, S., «XL Aniversario del ingreso de España en el Consejo de Europa. Luces, sombras y retos desde la perspectiva social», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 37 (2018).
- PASTOR ARACIL, M., «Reflexiones sobre la transición política y la consolidación democrática en España», *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 2 (1992-1993).
- POWELL, C. T., «La dimensión exterior de la transición española», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, nº 26 (1993).
- PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 11 (2008).
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. «Reflexiones sobre la transición española a la democracia», *Revista de Derecho Político*, nº 31 (1990).
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea», *Revista de Política Social*, nº 53 (1962).
- «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, nº 118 (1978).
 - «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 5, nº 1 (1978).
- SALCEDO BELTRÁN, C., «El defensor del pueblo español ante el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud: valoraciones y críticas», *Revue Miroirs*, nº 2 (2015).
- «La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales», *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 13 (2016).
 - *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, Bomarzo, 2014.
 - *Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales*, Sevilla, Centro de Estudios Andaluces, 2015.
- SANZ CABALLERO, S., «Sobre las prolongaciones sociales del Convenio Europeo de Derechos humanos: la invocación del acervo de la Organización Internacional del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 32 (2014).
- SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «La idea de Europa en el pensamiento político de Ortega y Gasset», *Revista de Estudios Políticos*, nº 83 (1994).
- SESMA LANDRIN, N. y DE HOYOS PUENTE, J., «Los procesos de transición democrática a debate», en AA.VV., *Ayer y hoy. Debates, historiografía y didáctica de la historia*, Valencia, Universidad de Valencia y Asociación de Historia Contemporánea, 2015.
- TEIXEIRA ALVES, L., *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios: un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Barcelona, Atelier, 2014.
- TEROL BECERRA, M.J., «La España de los Derechos sociales en las Europas vistas desde las reformas estatutarias», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 13 (2009).
- TERRÁDEZ SALOM, D., «Las defensorías del pueblo españolas frente a la Carta Social Europea», *Lex Social*, nº 2 (2015).
- TERRADILLOS ORMAETXEA, E., «Los derechos fundamentales sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 92 (2011).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, Bomarzo, 2016.
- VIÑAL CASAS, A., «Historia de las negociaciones para el ingreso de España en el Consejo de Europa», *Revista de Instituciones Europeas*, v. 5, nº 1 (1978).

RESUMEN

La indudable relevancia de la Carta Social Europea (CSE) como instrumento internacional que comprende el más completo elenco de derechos sociales, no se ha visto reflejada con el alcance que hubiera sido deseable en el sistema jurídico español por diferentes causas. En este sentido, los déficits internos del propio Tratado, reflejados en sus mejorables mecanismos de control de cumplimiento, han generado una recepción de sus contenidos en la práctica jurídica nacional más lenta e imperfecta, en comparación con otros instrumentos internacionales. A ello se debe añadir, la confusión que por parte de los aplicadores jurídicos se ha generado en múltiples ocasiones por la dualidad social europea y el carácter expansivo del derecho de la Unión Europea.

Sin desconocer esos argumentos, el principal motivo del escaso impacto que la CSE ha tenido en España se debe encontrar, en gran medida, en el exiguo interés que en el ámbito político e institucional ha despertado este Tratado desde que fue firmado por nuestro país en 1978. Esta situación se ha revertido, siquiera parcialmente, en los últimos cinco años; y ello, por las resoluciones de ciertos jueces y tribunales que, en un entorno de crisis económica y de progresiva laminación de los derechos sociales, toman conciencia de la CSE y proceden a aplicarla como estándar de protección más favorable, declarando inaplicable la legislación nacional en algunos de los casos enjuiciados por ser contraria al compromiso internacional asumido por España. Esta labor judicial, de trascendencia mediática en un contexto de cuestionamiento social de las reformas laborales operadas, desencadena un repentino interés de los actores políticos sobre la CSE.

A analizar en detalle el proceso de recepción de la CSE en el ordenamiento jurídico español en el periodo comprendido entre su firma, en 1978, y la actualidad, se dedica el presente estudio. Junto a la perspectiva jurídica, un examen de estas características debe penetrar necesariamente en aspectos políticos e institucionales, que en el ámbito de los compromisos normativos internacionales juegan un papel clave. De este modo, el artículo, una vez contextualizada la CSE mediante una visión panorámica de sus principales contenidos y mecanismos de control, presta una singular atención a la dimensión política y parlamentaria generada en torno a este importante Tratado. La actividad parlamentaria en relación con la CSE, permite sistematizar distintos periodos que evidencian el dispar interés que este instrumento internacional ha generado en nuestra clase política. Como se evidencia en el estudio, los diferentes partidos políticos, actores esenciales en nuestro sistema democrático, han mantenido una postura relativamente ambigua con relación a la CSE. Desde un punto de vista programático y de principios, todos los partidos, sin excepción, han venido proclamando la naturaleza de la CSE como pilar fundamental de nuestro Estado democrático, social y de Derecho y el compromiso de España con el Tratado. Sin embargo, ninguno de los partidos políticos que han ejercido funciones de gobierno han materializado este compromiso con la CSE mediante la ratificación del Protocolo de 1995 y la CSE revisada.

Examinada en detalle la dimensión política e institucional, se reseña de forma breve el papel fundamental que jueces y tribunales han desempeñado en la recepción de la CSE en nuestro ordenamiento jurídico. Se hace una especial referencia a las resoluciones de diferentes órganos jurisdiccionales, que, cuestionando las reformas laborales operadas en España, y especialmente la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, proceden a aplicar la CSE como estándar de protección más favorable, declarando inaplicable la legislación nacional en algunos de los casos enjuiciados, por ser contraria al compromiso internacional asumido por España. La trascendencia política de las referidas resoluciones judiciales, que ponían en cuestionamiento la legalidad de la reforma laboral del Gobierno, han insertado a la CSE en la agenda política. Ello ha supuesto también que buena parte de la doctrina *iuslaboralista* tomara conciencia de la CSE, que ha pasado de ser una materia olvidada a ser objeto de análisis recurrente.

Por último, y cerrando el artículo, se examina la incidencia de la CSE en la legislación interna y en la negociación colectiva, mediante un análisis sistemático de las invocaciones que, desde estos ámbitos normativos, se formulan a la CSE.

Del estudio efectuado se colige que la relación de España con la CSE ha venido marcada por la indiferencia y por la carencia de compromiso. Cuando en 1978 España se adhiere al Tratado, las esperanzas eran muchas. El momento histórico que se estaba viviendo en nuestro país se proyectaba en un deseo de unión con Europa, en un sentimiento de pertenencia hacia un proyecto colectivo que, rápidamente, se va a anclar en un plano más simbólico que real. Durante estas cuatro décadas, la CSE ha ido penetrando en nuestro ordenamiento jurídico de forma esporádica, inconexa y con escasa coherencia. Las razones que pueden explicar esta situación son muchas, pero, sobre todas ellas, la escasa relevancia que ha venido teniendo la CSE en España debe ser ligada necesariamente al reducido interés que ha suscitado este Tratado en la clase política.

Sin desconocer lo expuesto, el cambio operado en los últimos cinco años, como consecuencia de la aplicación directa por los órganos jurisdiccionales españoles de la CSE, debe valorarse de forma muy positiva. Así, en este último periodo, el Tratado ha ido penetrando paulatinamente, aunque de modo irregular y fragmentado, en la agenda de prioridades de los distintos operadores jurídicos. El alcance de este giro de tendencia respecto a la CSE es aún incipiente, y su definitiva valoración dependerá de la eventual consolidación de esta orientación en el tiempo.

En último término, los recelos que suscita la CSE en nuestro país evidencian las dudas que, con carácter general, se originan sobre el alcance y contenido de los derechos sociales en los nuevos contextos socioeconómicos surgidos como consecuencia de los procesos de globalización. Sin desconocer la necesidad de adaptar el sistema de relaciones laborales a las nuevas realidades, cualquier proceso de ajuste debe pasar ineludiblemente por la consolidación y profundización en los derechos sociales, conquista colectiva que se ha venido presentando como instrumento indispensable de cohesión social, progreso e integración cívica; y, en esta tarea, la CSE se nos presenta como un instrumento indispensable.

Palabras clave: Carta Social Europea; Consejo de Europa; derechos sociales; ordenamiento jurídico español; tratados internacionales.

ABSTRACT The unquestionable relevance of the European Social Charter as an international instrument comprising the most complete list of social rights has not offered the scope that would have been desirable in the Spanish legal system for different reasons. In this respect, the internal deficits of the Treaty itself, reflected in its improvable mechanisms of compliance control, have generated a reception of its contents in a slower and imperfect national legal practice, compared to other international instruments. The frequent confusion generated by legislators must be added to the previous statement due to the European social duality and the expansive nature of the European Union law.

Without ignoring these arguments, the main reason for the limited impact that the European Social Charter has had in Spain must be found, to a large extent, in the meagre interest that this Treaty has aroused in the political and institutional sphere since it was signed by our country in 1978. This situation has reversed, at least partially, in the last five years; this is due to the decisions of certain judges and courts that, in an environment of economic crisis and progressive weakening of social rights, have become aware of the European Social Charter and have proceeded to apply it as a more favourable standard of protection, declaring the national legislation inapplicable in some of the cases prosecuted for being contrary to the international commitment assumed by Spain. This judicial work, which has had a great impact on the media in a context of social questioning of the labour reforms that were carried out, triggers a sudden interest of the political actors in the European Social Charter.

This study is aimed at analysing in detail the process of reception of the European Social Charter in the Spanish legal system in the period between its signature, in 1978, and the present. Together with the legal point of view, an examination of this kind must necessarily deepen into political and institutional aspects, which play a key role in the area of international normative commitments. This way, once the European Social Charter is contextualized through a panoramic view of its main contents and control mechanisms, the article pays particular attention to the political and parliamentary dimension generated around this important Treaty. The parliamentary activity in relation to the European Social Charter allows to systematize different periods that show the diverse interest that this international instrument has generated in our political class. As shown in the study, the different political parties, essential actors in our democratic system, have maintained a relatively ambiguous position in relation to the European Social Charter. From a programmatic and principled point of view, all parties, without exception, have been proclaiming the nature of the European Social Charter as a fundamental pillar of our democratic, social and legal State and the commitment of Spain to the Treaty. However, none of the political parties that have exercised government functions have materialized this commitment to the European Social Charter through the ratification of the 1995 Protocol and the revised European Social Charter.

Having examined the political and institutional dimension thoroughly, the article briefly reviews the main role that judges and courts have played in the reception of the European Social Charter in our legal system. A special reference is made to the decisions of different jurisdictional bodies which, questioning the labour reforms carried out in Spain, and especially Law 3/2012, of July 6, on urgent measures for the reform of the labour market, proceed to apply the European Social Charter as the most favourable protection standard, declaring the national legislation inapplicable in some of the cases prosecuted, as it is contrary to the international commitment assumed by Spain. The political significance of the aforementioned judicial decisions, which questioned the legality of the labour reform by the Government, have included the European Social Charter into the political agenda. This has also meant that a great deal of the *iustlaboralista* [labour law] doctrine has been aware of the European Social Charter, which has gone from being a forgotten subject to being the subject of recurrent analysis.

Finally, and closing the article, the impact of the European Social Charter on domestic legislation and collective bargaining is examined through a systematic analysis of the invocations that, from these normative areas, are made to the European Social Charter.

From the study, it can be inferred that the relationship between Spain and the European Social Charter has been characterized by indifference and lack of commitment. When Spain adhered to the Treaty in 1978, there were a lot of hopes. The historical moment that was being lived in our country was projected in a desire of union with Europe, in a feeling of belonging to a collective project that was quickly going to anchor in a more symbolic than a real plane. For the last four decades, the European Social Charter has deepened into our legal system sporadically, disconnected and with little consistency. There are several reasons that can explain this situation, but, above all, the scarce relevance that the European Social Charter has had in Spain must necessarily be linked to the reduced interest that this Treaty has raised in the political class.

Knowing the above, the change in the last five years as a result of the direct application of the European Social Charter by the Spanish courts must be considered as a very positive point. Thus, in this last period, the Treaty has been gradually delving into the priorities of different legal operators, although in an irregular and fragmented way, the scope of this change of trend with respect to the European Social Charter is still new, and its final assessment will depend on the possible consolidation of this orientation over time.

Finally, the misgivings that the European Social Charter raises in our country show the doubts that, in general, originate about the scope and content of social rights in the new socio-economic contexts arisen as a consequence of globalization processes. Without ignoring the need to adapt the system of labour relations to new realities, any process of adjustment must inevitably include the consolidation and deepening of social rights, a collective achievement that has been presented as an indispensable instrument of social cohesion, progress and civic integration; and it is in this task that the European Social Charter is presented as an indispensable instrument.

Keywords: European Social Charter; Council of Europe; social rights; Spanish Law; International treaties.

La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación «presente» a la ineludible integración «futura»*

Protection of social rights at European level: from the «present» confrontation to the inescapable «future» integration

M^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN**

1. GARANTÍA DEL ESTADO SOCIAL «EN Y SOBRE TODO» PERÍODOS DE CRISIS¹

Un gran número de países europeos se declaran en sus Constituciones como Estados sociales y democráti-

cos de derecho. Un primer ejemplo es España, que en el art. 1 textualmente así se describe, precepto que complementa, a lo largo de su redacción, con otros que incluyen referencias al progreso social (art. 40), al compromiso de mantener «un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41) o a la «suficiencia económica de la tercera edad» (art. 50).

En términos similares, otros siguen la misma línea y han insertado menciones que sitúan lo «social» en eje fundamental de su existencia y funcionamiento. Así, Francia se define como «una República indivisible, laica, democrática y social (...)» (art. 1), precedida en su Preámbulo por la proclamación solemne de su adhesión a los derechos humanos, Italia «reconoce y garantiza los derechos del hombre (...) y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social» (art. 2), insertando expresamente el derecho a la «dignidad social» (art. 3) de todos los ciudadanos y, entre otros, el mantenimiento y asistencia social a todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir (art. 38), mención que también se encuentra en el art.

* El presente estudio se enmarca en la investigación realizada en la *Chaire État social et mondialisation: analyse juridique des solidarités (Collège de France)*, financiada por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (Programa de Estancias de movilidad de profesores e investigadores seniors en centros extranjeros de enseñanza superior e investigación, incluido el Programa Salvador de Madariaga 2015). Asimismo, forma parte de las actividades grupo de investigación «Derechos Humanos y Carta Social Europea» de la *Universitat de València* (GIUV2013-148) y del proyecto de investigación «La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del TJUE» (Ministerio de Economía y Competitividad, convocatoria «Retos», ref. DER2015-66922-R).

** Profesora Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia.

¹ Principales abreviaturas utilizadas: art. (artículo), CDFUE (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), CE (Constitución Española), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea, para la versión revisada se utilizará la misma incluyendo en concreto esa referencia), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TC (Tribunal Constitucional), TSJ (Tribunal Superior de Justicia, por defecto Sala de lo social), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), UE (Unión Europea).

13 de la de Portugal, que dedica un capítulo III a recoger los derechos y deberes sociales, en el que inserta la Seguridad Social y protección de situaciones en las que no hay medios de subsistencia.

El interés en que los textos más relevantes las recojan deriva de su asimilación a la idea de «grandeza», a la consecución de relevantes logros históricos e institucionales presididos por la responsabilidad del Estado frente a las necesidades de los ciudadanos², de manera que nadie quede desamparado de sus necesidades vitales.

Lamentablemente, en la actualidad, esto se circunscribe al plano teórico, no reflejándose en el práctico, presenciando un desmoronamiento de sus fundamentos y de esa magnitud que ha derivado, como advierte Supiot³, en una «miseria», en la que los recursos han ido disminuyendo e, incluso, desapareciendo. Una parte significativa de la población vive por debajo del umbral de pobreza, más desde el inicio de la crisis y las consiguientes medidas de austeridad, que han tenido como objetivo prioritario la reducción y/o supresión de los derechos sociales, caracterizados, con frecuencia, como derechos secundarios frente a los civiles y políticos, no fundamentales⁴, de coste eleva-

do y, en consecuencia, asociados únicamente a épocas de bonanza económica⁵, lejos de cualquier valoración como derechos humanos.

Así lo han constatado, de nuevo, la mayoría de las organizaciones internacionales recientemente. En particular, Naciones Unidas, a través del informe del Experto Independiente sobre *Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales* (20 de diciembre de 2017)⁶, señala que las políticas de consolidación fiscal han afectado directamente al disfrute de los derechos humanos⁷,

tales, incluidos los sociales (...), en *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 179 y ss.

² NIVARD, C., «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012, pp. 1 a 3 (<https://revd.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>) (última consulta 16/2/2018).

³ BOHOSLAVSKY, J.P., «Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. Elaboración de unos principios rectores para evaluar el impacto de las políticas de reforma económica en los derechos humanos», Consejo de Derechos Humanos 37º. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/364/96/PDF/G1736496.pdf?OpenElement> (último acceso 16/2/2018), pp. 8 a 20.

⁴ Si bien varían de un país a otro, determina como las más comunes las siete siguientes: a) los recortes del gasto público que afectan a esferas con repercusiones en los derechos humanos, como la sanidad pública, la Seguridad Social y la educación; b) las reformas fiscales regresivas; c) los recortes y topes de la masa salarial y la reducción de puestos en el sector público; d) la reforma de las pensiones; e) la racionalización y otras medidas que afectan a las redes de protección social; f) la privatización de los servicios y proveedores públicos y la introducción de tarifas para los usuarios y y g) la reducción de las subvenciones para alimentos, energía y demás que influyen en el precio de bienes y servicios esenciales como los alimentos, la calefacción y la vivienda. Véase de forma más amplia el estudio realizado por ORTIZ, I., CUMMINS, M., CAPALDO, J. y KARUNANETHY, K., *The Decade of Adjustment: A Review of Austerity Trends 2010-2020 in 187 Countries*, Geneva: ILO, 2015 (Extension of Social Security Series No. 53). <http://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=53192> pp. 2 a 70 (última consulta 2/2/18), y BOHOSLAVSKY, J.P., «Informe del

² SUPIOT, A., *Grandeur et misère de l'Etat Social*, Paris, 2013, Fayard, pp. 5 y 6.

³ Ídem, pp. 8 y 9.

⁴ Sobre este punto comparto la crítica de JIMENA QUESADA, puesto que, «(...) atribuir el carácter de fundamental solamente a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías responde a una posición doctrinal sesgada asentada, a su vez, en una opción política restrictiva, tanto a escala nacional (el diseño del recurso de amparo en España como internacional (mecanismo de peticiones individuales en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que se han visto superadas (así, la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español, o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales)». «La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales». En AA.VV. (Dir. DE LA OLIVA SANTOS A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012, pp. 37 y 38. Propone, además, reformar la Constitución para «dejar clara la indivisibilidad de todos los derechos fundamen-

unido a que, ni siquiera, han resuelto los problemas por los que se adoptaron sino que, por el contrario, han contribuido a prolongar la crisis económica y han supuesto una amenaza para los derechos humanos mayor que la que planteaba la propia crisis, acrecentando la exclusión social, el número de personas sin hogar o el desempleo de larga duración.

Por lo que se refiere a la Organización Internacional del Trabajo, el Informe *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018* muestra datos preocupantes actuales y previstos⁸. El número total desempleados a nivel mundial lo sitúa en más de 192 millones, proyectando que aumente para 2019 en 1,3 millones, el de personas en extrema pobreza laboral superará los 114 millones, alrededor del 42% de los trabajadores (esto es, 1.400 millones de personas) se encuentra en modalidades de empleo vulnerable, sin olvidar el no menos relevante envejecimiento de la población, que inevitablemente provocará un aumento del promedio de la edad de quienes integran la población activa, pondrá en jaque la capacidad de los trabajadores para mantenerse al ritmo de las innovaciones y los cambios estructurales en el mercado de trabajo, a la vez que incidirá de forma significativa en la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

En cuanto al Consejo de Europa, en concreto y subrayo la referencia, el Comité Europeo de Derechos Sociales, así lo lleva advirtiendo desde hace tiempo⁹, la última en las

Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa...» *op. cit.* pp. 6 y 7.

⁸ *World Employment and Social Outlook: Trends 2018* (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_615594.pdf), 22 de enero de 2018 (último acceso 20/3/2018).

⁹ Véase, entre otras, la Introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) sobre *La aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global*. En el momento en que se emitió no adquirió la relevancia que se deriva de su redacción, debido probablemente a su inclusión en un apartado introductorio. Fue, con posterioridad, tras su incorporación a la fundamentación jurídica de las decisiones de fondo que aparecen en el texto de este análisis, donde alcanzó

Conclusiones XXI-2 (2017), publicadas el 24 de enero de 2018, en las que ha apercibido a los Estados que el nivel de pobreza en gran parte de ellos es muy elevado y que, además, las medidas que han podido adoptar al respecto son insuficientes¹⁰.

Considerado el «guardián europeo del modelo del Estado social»¹¹, se ocupa de la verificación del cumplimiento y respeto de la Carta Social Europea, la *Constitución Social de Europa*¹², que así es como hay que referirse

carta de naturaleza, directriz que ha continuado en todas las emitidas con posterioridad que han enjuiciado medidas anti-crisis. Para un examen de su contenido me remito al apartado II, 2.2.

¹⁰ Elaboradas en el marco del procedimiento de control de informes correspondiente al grupo temático II, salud, Seguridad Social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30 –los arts. 20, 21, 22 y 23 de la versión revisada de la CSE se corresponde con los arts. 1 a 4 del Protocolo adicional de 1988). En general, de los 33 países examinados, se constataron 175 incumplimientos de 486 situaciones (228 de conformidad y 83 fueron pospuestas a falta de que se suministre más información para poder realizar la valoración correctamente). Por lo que se refiere a España, se han emitido en total 17 conclusiones, 9 de conformidad, 6 de no conformidad y 2 se difieren. Véase en este sentido <https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0> y [http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/442/429](http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{«ESCDDateDec»:«2017-08-02T00:00:00.OZ»,«2018-02-02T00:00:00.OZ»,«ESCDcLanguage»:«FRE»,«ESCDcType»:«Conclusion»,«Op»}» (última consulta 2/2/2018) y el análisis de JIMENA QUESADA, L., «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017», <i>Revista Europea de Derechos Fundamentales</i>, 2017, n.º 30, <a href=) (último acceso 12/4/18), pp. 1 a 41.

¹¹ STANGOS, P., «La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux», Conferencia impartida en *Les rencontres d'automne AFDI sur Les périmètres de l'Europe Sociale*, 8-9 septembre 2017. Université de Strasbourg, p. 5, extraído de <https://rm.coe.int/intervention-petros-stangos-cedh-8-9-09-2017/1680743837> (última consulta 16/2/2018). Muy crítica se muestra con este órgano Hachez, I., «Le Comité Européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque: des décisions osées mais inégalement motivées», *Revue de Droit Social*, 2014, n.º 3, pp. 252 y ss. http://www.uac.bj/web/fileadmin/document_cat/2014/3/TSR_2014_3-A.pdf (última consulta 22/2/2018).

¹² Esta referencia se convirtió en el núcleo del *Proceso de Turin*, lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa en la Conferencia de Alto nivel que tuvo lugar en esa ciudad el 17 y 18 de octubre de 2014. Puede constatarse en las numerosas menciones, entre otras, «*Toutes ces initiatives seront*

al Tratado más importante e insisto «eficaz» existente en el presente de defensa de los derechos sociales, caracterización que resulta, entre otros, de su efecto directo en el ámbito jurisdiccional, no sólo en España sino también en otros países como se expondrá a lo largo de este estudio.

Por el contrario, la Unión Europea, se muestra más positiva, en coherencia con las directrices que externamente «recomienda» (e internamente «ordena») a los Estados. De esta manera, en la Comunicación de la Comisión del Semestre Europeo 2018 *Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011*¹³, si bien reconoce que el desempleo y el número de personas en riesgo de pobreza o de exclusión social siguen siendo demasiado elevados de forma que apenas ha regresado a los niveles previos a la crisis, aprecia un tenor muy positivo en cuanto a la valoración de la economía, con observaciones que aluden al «vigoroso crecimiento» de la economía, los «beneficios» de las reformas adoptadas en el pasado reciente, incidiendo en la necesidad de «proseguir esa labor» y «sostener nuestros esfuerzos».

La realidad generalizada apuntada, observada y soportada por los ciudadanos, ha derivado en reacciones de muy distinto signo que no deben ser ignoradas ni mucho menos infra-

menées à bien pour que la Charte sociale puisse, dans l'intérêt de tous, toujours demeurer la Constitution sociale de l'Europe» o «Ce processus serait un pas déterminant pour la relance de la construction européenne car, comme d'aucuns l'ont indiqué de manière emblématique à l'occasion de la Conférence, il est essentiel que l'Europe prenne appui sur les valeurs fondamentales autour desquelles elle a vocation à rassembler les États et leurs citoyens – et tout spécialement sur les valeurs de la Charte, cette «Constitution sociale de l'Europe». En Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne, L'Europe repart à Turin, <https://rm.coe.int/168048acf9> (última consulta 4/2/2018), pp. 43 y 168.

¹³ Bruselas, 7 de marzo de 2018, COM(2018) 120 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM:2018:120:FIN> (último acceso 20/3/2018).

valoradas. En virtud de ello, la conexión entre la pérdida del Estado de bienestar y las indicaciones de la UE a los países ha supuesto que se origine, y desarrolle de forma progresiva, un rechazo hacia ésta que acusa una problemática situación de déficit y deslegitimación¹⁴, evidenciada en situaciones como el *Brexit* o los preocupantes avances en las elecciones de algunos partidos políticos euroescépticos, antisistema, defensores del cierre de las fronteras o de la expulsión de inmigrantes. Esto es corroborado, por ejemplo, en Francia, que en las últimas celebradas el 7 de mayo de 2017 accedieron incluso a la segunda vuelta –en las europeas del año 2014 el *Front National* había pasado a ser la primera fuerza–, en Alemania, en las del 24 de septiembre de 2017, que irrumpió en el *Bundestag* como tercera fuerza parlamentaria un grupo ultraderechista, o en Italia el 4 de marzo de 2018, en las que los resultados los han situado como los partidos más votados.

¹⁴ GRIMM, D., «Redonner à l'Union européenne une base politique légitime. Quand le juge dissout l'électeur». *Le Monde Diplomatique*, Julio 2017, <https://search.proquest.com/docview/1914002014?accountid=14777>, pp. 1 a 5. Señala el autor que uno de los principales responsables de esta situación es el TJUE al elaborar una jurisprudencia «(...) fuera de todo control (...)», declarando la aplicabilidad directa de los tratados y la primacía de estos sobre todas las normas, incluidas en las Constituciones, en suma, «la constitución de los Tratados». Las consecuencias son, entre otras, que este organismo lo interpreta «(...) de manera más o menos independiente con respecto a la voluntad de sus firmantes, tomando como referencia una finalidad objetiva y sin prestar atención a la soberanía nacional». Con ello, la intervención de los Estados para establecer un mercado común ya no es necesaria pues en el supuesto de que la norma de un Estado sea un obstáculo para su consecución, se declara inapropiada sin que pueda oponerse. Todo se residencia en el TJUE que «(...) persigue, con un celo considerable, un objetivo (la integración económica) al que subordina todos los demás intereses (...)», emitiendo una jurisprudencia caracterizada por una interpretación extensiva que lo hacen erigirse «(...) más bien como un motor de la integración que como árbitro neutral entre la UE y los Estados miembros [produciendo como resultado] (...) un estado de la integración europea que nunca ha recibido el consentimiento de los ciudadanos y que estos no pueden cambiar aunque la rechacen». Véase de forma más amplia «The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case», *European Law Journal*, 2015, nº 4, pp. 471 a 473, en la que se apuntan las correcciones para hacer frente a este problema.

El escenario es preocupante, urge actuar en cuestiones tan básicas como la asistencia sanitaria universal, la situación de los refugiados, inmigrantes en situación irregular o ciudadanos en general sin ingresos o, en caso de existir, muy por debajo del umbral de pobreza, desprovistos de alimentación, alojamiento o vestido, carencias que causan perjuicios y daños que ya están materializados y son, en ocasiones, difícilmente reparables¹⁵.

Teniendo presentes las declaraciones y compromisos constitucionales referenciados anteriormente, los Estados deberían estar actuando para hacer frente a estos problemas. Desgraciadamente, la dirección adoptada es justo la opuesta contemplando situaciones difícilmente explicables en el siglo XXI y respecto de países que «presumen» de progreso y defensa de los derechos humanos como directriz de su actuación, pudiendo asimilarla más bien a la gestión de una empresa¹⁶.

España sin ir más lejos es un claro ejemplo de distorsión entre la teoría y la práctica. En el año 2012 excluyó a los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria del sistema nacional con la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de *medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*, tratándose de un derecho incluido en la dignidad de la persona. Si esa modificación legislativa era reprochable, más lo han sido, por un lado, los argumentos para su introduc-

ción y mantenimiento, que residencia principalmente en afrontar el «turismo sanitario»¹⁷ y, por otro lado, la impugnación ante el Tribunal Constitucional de las normas de las Comunidades Autónomas que optaron¹⁸, dentro del marco de sus competencias, por proteger a ese colectivo y proporcionales la medida suprimida, utilizando como explicación ante la rendición de cuentas en organismos internacionales, que el colectivo estaba cubierto por esa descentralización de competencias¹⁹.

¹⁷ La última se puede encontrar en la respuesta de los representantes del Gobierno al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el examen del sexto informe periódico de España sobre la aplicación de las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 de marzo de 2018 (<http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22888&LangID=E>, último acceso 1/4/2018).

¹⁸ Entre otras, el País Vasco con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre *régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud*, la Comunidad Valenciana, con el Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, del *Consell*, por el que *regula el acceso universal a la atención sanitaria*, Aragón, el 7 de agosto de 2015 publicó una Instrucción por la que se regula el *acceso a la asistencia sanitaria para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema nacional de salud* o Cantabria con la Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto. La STSJ (Contencioso-administrativo) de 30 de mayo de 2016 (Rec. 305/2015) anuló la última de esas normas y recientemente las sentencias del TC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017 y 145/2017, 14 de diciembre de 2017 (Rec. 6022/2015) acogieron el recurso contra las otras dos normas citadas.

¹⁹ La normativa nacional, en principio, vulneraba, específicamente dos Tratados Internacionales. Por un lado, el art. 11.1 de la CSE y así se lo publicó el CEDS a finales de 2013, en las Conclusiones correspondientes al Informe nº 25 presentado por España, no pudiendo emitir la correspondiente Conclusión de condena puesto que las normas objeto de examen en ese periodo eran las comprendidas entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011. En aquel momento el CEDS, fue tajante al señalar que la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros que no residan legalmente es contraria al apartado primero del art. 11.1 de la CSE, pues la suscripción de este precepto compromete al estado «[...] a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente», fundamentando esta valoración en jurisprudencia que ya había pronunciado con anterioridad (decisiones de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº 14/2003, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme* (FIDH) contra Francia, 11 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 67/2011, *Médecins du Monde - Inter-*

¹⁵ A modo de ejemplo, en cuanto a España véase el Informe *Cinco mitos para cinco años de exclusión de asistencia sanitaria*, Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012, <https://reder162012.org/images/Informe2015/Abril2017/Abril2017.pdf> (último acceso 12/4/18), pp. 1 a 8

¹⁶ SUPLOT, A., «De la citoyenneté économique», en *Esprit*, 2018, nº 3, <https://www.cairn.info/revue-esprit-2018-3-p-52.htm>, (último acceso 12/4/18), pp. 52 y ss. Explica que la crisis griega es un claro ejemplo de cómo la asimilación «Estado-empresa» deriva en ruina de la democracia y que el fomento de la desregulación que los Estados han materializado con las reformas laborales adoptadas, permite eludir precisamente «los diques» que se han ido construyendo para contener el poder económico.

En términos idénticos ha actuado contra la Ley 3/2017, de 3 de febrero, de la *Generalitat*, para paliar y reducir la pobreza energética (electricidad, agua y gas) en la Comunidad Valenciana, aprobada para garantizar esos servicios en hogares en situación de vulnerabilidad social, que el gobierno central también ha recurrido²⁰, que, en estos momentos, ha sido derogada parcialmente (arts. 3, 4, 5, 6 y 7) por la Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de renta valenciana de inclusión con la única finalidad de poder materializar el objetivo de la anterior, en el caso de que, de nuevo, el recurso sea favorablemente acogido.

national contra Francia y 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº 69/2011, *Défense des Enfants International* (DEI) contra Bélgica). Todas materializan el criterio recogido en la observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en la que estipula que «[...] los Estados partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros [...]». Llegado el momento de pronunciarla en las Conclusiones XXI-2 de 2017, resulta lamentable el «giro radical a la baja», como ha criticado Jimena Quesada de forma rotunda y fundamentada, que ha realizado en este sentido el CEDS no resolviendo con la lógica conclusión de no conformidad, trasladando la materia al ámbito del art. 13.1 de la CSE y, con ello, la conformidad con el Tratado, más valorando como positivo que las CCAA están prestando el servicio. En «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017...» op. cit. pp. 16 a 19.

Y, por otro lado, el art. 12 del PIDESC y el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias. Así lo ha comunicado en las Observaciones emitidas el 6 de junio de 2012 y 29 de marzo de 2018. Véase infra apartado IV. Complementando estos pronunciamientos pueden consultarse los emitidos con posterioridad por representantes de la ONU en SALCEDO BELTRÁN, C., «Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales», *Democracy & Security Review*, 2015, nº 3, pp. 42 y 22, <http://www.democraziaesicurezza.it/Saggi/Inmigrantes-irregulares-y-derecho-a-la-asistencia-sanitaria-efectividad-de-las-garantias-internacionales-en-los-organos-judiciales> (último acceso 20/3/2018).

²⁰ Recurso de inconstitucionalidad n.º 5424-2017, admitido a trámite por providencia del TC de 28 de noviembre de 2017.

Por lo que se refiere al resto de países de nuestro entorno, es el caso de los Países Bajos, que, en respuesta a la comunicación del CEDS en cuanto al incumplimiento de los arts. 13.4 y 31.2 de la CSE revisada en la decisión de fondo de 1 de julio de 2014 [Reclamación nº 90/2013, *Conférence des Eglises européennes (CEC)*], con referencia a los inmigrantes adultos en situación irregular, presentó al Comité de Ministros alegaciones calificando las interpretaciones de injustificadas, de excederse de su competencia al imponer unilateralmente obligaciones que no están previstas en el Tratado y de no realizar interpretaciones de «buena fe», siendo más bien contrarias al propio texto, pretendiendo además con ello disuadir al resto de Estados que ratifiquen el Protocolo de Reclamaciones colectivas²¹. Muy similar Irlanda, condenada en la decisión de fondo de 12 de mayo de 2017 [Reclamación nº 110/2014, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)*] por la falta de condiciones en las viviendas sociales, que deben estar dotadas, entre otros, de electricidad, agua y calefacción, o, por último, Francia, en la que los medios de comunicación se hicieron eco de una decisión de la administración en la que expulsó a un estudiante universitario extranjero que no había podido completar sus estudios por enfermedad debiendo valorar en este último supuesto de forma positiva la rápida reacción en contra de algunos jueces que arbitraron mecanismos al efecto para anularla²².

Esta es una muestra del grave peligro y amenaza que sufre uno de los hitos más importantes de la humanidad, y, por derivación, de los valores democráticos, como es el Estado social²³, del que se puede afirmar que en el

²¹ En *Annexe à la Résolution CM/ResChS(2015)5* Intervention de la délégation des Pays-Bas.

²² Véase KLAUSSERM, N., «Expulsion illégale d'un étranger gravement malade: le juge des référés enjoint à l'Etat d'organiser son retour en France», *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, octubre 2016, pp. 1 a 12, <http://revdh.revues.org/2542>.

²³ Como acertadamente describe STANGOS, es «(...) el elemento clave de la legitimidad de nuestras sociedades, ya que es el que permite la coexistencia del individualismo y de la nor-

presente está desestabilizado²⁴. Con los ejemplos apuntados se debe reflexionar si, cuando los responsables gubernamentales o dirigentes de un país hacen referencia a su progreso, éste no está pasando necesariamente por el fin del Estado Social o del bienestar, que necesariamente ha de ceder y pasar ante otras formas de estructuración institucional que son totalmente diferentes y tienen otras preferencias de marcado carácter económico, alejadas de cualquier consideración de los derechos humanos, en las que prima la ley del mercado y en las que el ordenamiento jurídico, sobre todo el regulador de las relaciones laborales y colectivas, los derechos y sus garantías son vistos como un instrumento que la obstaculiza.

Es posible hacer frente a esas políticas y actuaciones gubernamentales que han avallado la limitación o supresión de los derechos humanos, directa o indirectamente exigidas por las instituciones de la UE y/o la *troika*. Los ciudadanos están combatiendo en las calles y actuando, con el recurso a la normativa internacional de otras organizaciones que, al igual que la comunitaria, forma parte de los ordenamientos jurídicos, con la única diferencia en la vía de incorporación (en España, la

matividad colectiva (...), que una sociedad esté compuesta de individuos que se respetan o se ignoran y que el marco regulador colectivo que impone se manifieste como legítimo debido al carácter democrático de los procedimientos y del respeto de las libertades fundamentales que preside a su constitución». «La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen...» *op. cit.*, p. 10.

²⁴ SUPLOT, A., *Grandeur et misère de l'Etat...* *op. cit.*, pp. 8 y 9. Explica el autor que el nuevo contexto internacional es la principal causa de ello, pero no la única, llegando a preguntarse hasta qué punto la globalización y, con ello, la desaparición de las distancias físicas, la libre circulación de mercancías y de capitales, que llevan unida la sobreexplotación de los recursos físicos no renovables y la exposición a los riesgos sanitarios o ecológicos originados en el desarrollo técnico, no derivan en la necesidad de que el Estado social ceda ante otras modalidades de estructuración de las instituciones. Un breve extracto de este estudio traducido al español en la Colección Informes nº 101 (2014) de la Fundación 1º de mayo, SUPLOT, A., *Grandeza y miseria del Estado Social* (traducción de PEDRO A. JIMÉNEZ MANZORRO y JAVIER ARISTU Mondragón), julio 2014, <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe101.pdf>, pp. 1 a 18, última consulta 15/3/2018.

primera por la del art. 93 de la CE, el resto por la del art. 96). Si bien hace años su atención podría no resultar tan relevante, fruto de que los estándares nacionales eran normalmente más elevados y ésta era simplemente un mínimo superado fácilmente, su reducción a niveles inferiores ha supuesto la adquisición de protagonismo como «*bastión*» de defensa de los derechos sociales²⁵, humanos, y, en consecuencia, del Estado social.

Se progresa en este sentido, aunque son más que evidentes las resistencias que se encuentran por parte de los poderes públicos, principalmente en el nivel legislativo y ejecutivo, menos en el judicial, que es dónde se puede mejor apreciar, y se demostrará en este estudio²⁶, ese avance y en el que hay que seguir trabajando a través de la difusión de este marco normativo, muy poco conocido, de lo que hay que responsabilizar, entre otros, a las instituciones educativas que centralizan la enseñanza de esta materia de la UE²⁷, de-

²⁵ JIMENA QUESADA, L., «El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, nº 29. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>, pp. 1 a 19, último acceso 1/4/2018.

²⁶ Véase *infra* apartado III.2.

²⁷ Así lo denuncia Jimena Quesada que es categórico al afirmar «sobre no ser los derechos humanos cuestión privativa o exclusiva de los juristas, basta echar un vistazo a los programas de las asignaturas (y no digamos ya a las directrices ministeriales) de las Facultades de Derecho para constatar que en la mayoría de casos la Carta Social Europea ni siquiera es citada; y, cuando es mencionada y, en el mejor de los casos explicada, queda eclipsada su mención y su explicación por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por la fe jurisprudencial de que se hace gala en los círculos académicos respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ello es alarmantemente ostensible en los programas de Derecho constitucional (incluida la parte dedicada a los derechos fundamentales), sin que se reduzca notablemente esta falla en los programas de Derecho del trabajo o de Derecho internacional público, y ni siquiera de manera destacable en los programas específicos de oposiciones a cuerpos de técnicos en la materia. La consecuencia de lo acabado de exponer es, por lo pronto, que los juristas que salen de nuestras Facultades de Derecho desconocen el alcance (por no decir, en muchos casos, su misma existencia) de la Carta Social Europea como tratado internacional que debe ser aplicado en España como parte del ordenamiento interno». En *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. (Sistema de*

jando en un plano muy secundario al resto de organizaciones internacionales, los convenios vinculantes así como las interpretaciones y supervisión que realizan.

A pesar de los impedimentos, la configuración del sistema de fuentes y su articulación es la que está permitiendo y legitimando la reivindicación y recuperación de los derechos, con lo que se ha convertido en un elemento fundamental en sede judicial, prioritariamente la primera y la segunda, que es donde más se está prosperando. La protección multinivel y los distintos estándares que cada convenio determina, en el propio texto o en la interpretación auténtica y vinculante que realiza el órgano que lo fiscaliza, es la vía a utilizar como materialización de la interpretación más favorable a aplicar²⁸, legitimada a nivel internacional y nacional, y por consiguiente, el restablecimiento del derecho con la correspondiente imputación de responsabilidad al Estado ante la consciente violación e inactividad²⁹.

Se está a tiempo de salvar y «blindar»³⁰ el Estado Social, pilar básico de una sociedad fundamentada en valores necesarios para la humanidad. Hay que hacer frente y superar

reclamaciones colectivas). Vol. I: 1998-2005, Valencia, 2007, Tirant lo Blanch, pp. 48 y ss.

²⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., «Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, nº 45, pp. 41 y 42

²⁹ Así lo advierte Tiberghien en relación al contrato de nueva contratación o de nuevo empleo (*contrat de travail nouvelle embauches*) que se adoptó en Francia por la Ordenanza 2005-893, de 2 de agosto, que, contrario al Convenio de la OIT nº 158, fue finalmente suprimido por la Ley número 2008-596, de 25 de junio, relativa a la modernización del mercado de trabajo, tras restablecer el derecho vulnerado, en aplicación del control de convencionalidad, la *Cour de Cassation*, por sentencia nº 1210 de 1 de julio de 2008 (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/arret_n_11710.html), ante el riesgo de tener que asumir las indemnizaciones de más de 400.000 asalariados. En «Les deux ordres juridiques européens, remparts contre les populismes?», *Après-demain*, 2017, nº 3 (43/NF), pp. 39 y 40, <https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2017-3-p-37.htm> (último acceso 26/3/2018).

³⁰ JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...op. cit.* pp.178 y ss.

la crisis del derecho, de la democracia, del Estado y de las instituciones³¹, acentuada desde el año 2008 y para ello, uno de los parámetros a seguir, y no el único, es de la efectividad de los derechos sociales³². La protección jurídica internacional es fundamental para su (re)conquista como se explicará en las páginas siguientes, y dentro de ella, los estándares que fija la CSE, pilar fundamental de las políticas sociales de Europa, que se mantiene fiel a sus valores frente a las fuertes presiones de otras organizaciones más poderosas económicamente –UE– y de los Estados³³. Finalizo este apartado con un reciente primer ejemplo, este Tratado, así como las constataciones y denuncias del CEDS a los Estados respecto de su compromiso de asegurar un nivel de vida de-

³¹ SUPLOT, A., «Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008», *Revue internationale du Travail*, 2010, nº 2, vol. 149, p. 165. Apunta el autor que la utopía del mercado sin límites es la que ha llevado a que estalle la crisis económica, invitando a que se restaure «*le rule of law*», el imperio de la ley, frente al mercado de la ley «*law shopping*». Como recuerda constantemente, se ha de recuperar «el espíritu de la Declaración de Filadelfia de 1948», que determina que el trabajo no es una mercancía, sustituyendo la competición de los Estados «(...) por una colaboración que tenga como objetivo la realización de un interés general que trascienda de los intereses particulares (...) poner la fuerza al servicio del derecho e instituir los principios comunes de cualquier ordenamiento jurídico». En *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, París, 2010, Seuil, pp. 20 y 21.

³² JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...op. cit.* pp. 108 y ss

³³ Destaca SUPLOT de la UE que fundamentalmente a través del Tribunal de Justicia, autoriza a las grandes empresas a desempeñar su actividad de la forma más económica para mantenerse en un mercado presidido por la competencia, y a escaparse de los deberes inherentes a la solidaridad nacional, uniéndose a esto la adopción de determinadas directivas, fundamentalmente las relativas al desplazamiento de trabajadores. Añade, asimismo, la labor que también está realizando el órgano aludido en cuanto a la sistemática restricción de las libertades colectivas de los trabajadores, a las que, si bien les otorga un cierto valor jurídico, siempre es inferior al de las libertades económicas. Con ello, desmantela las solidaridades nacionales sin construir una solidaridad a nivel europeo, situación que continua hoy en día. En «Ni assurance ni charité, la solidarité», en *Le Monde diplomatique*, 2014, nº 728, <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/11/SUPLOT/50963>, p. 3 y en «Les voies d'une vraie réforme du Droit du Travail», en AA.VV. (Dir. SUPLOT, A.), *Au-delà de l'emploi. Nouvelle édition augmentée*. París, 2016, Flammarion, pp. II y III.

cente a los ciudadanos, ha sido el instrumento principal que ha propiciado la aprobación el 23 de enero de 2018 de la Resolución 2197 (2018) de la Asamblea Parlamentaria dirigida a la *instauración de una renta básica* en los países miembros del Consejo de Europa.

2. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. Las «tres Europas» diferenciadas: desconocimiento, confusión y ¿mismos valores?

Como se ha apuntado anteriormente, conocer la protección de los derechos en el plano internacional es fundamental con la finalidad de invocar el cumplimiento de los estándares de protección a los que los Estados se han comprometido. Centrándome en las que se circunscriben a escala europea existen dos organizaciones internacionales diferenciadas a las que se ha aludido en el apartado anterior, por un lado, la UE y, por otro lado, el Consejo de Europa.

Sobradamente conocida la primera, es la segunda sobre la que hay que incidir con frecuencia y, principalmente, en uno de sus tratados, la CSE³⁴, adoptada como complemento del Conve-

³⁴ Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 para, según su Preámbulo, garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social, mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de la población, rurales o urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas en los países que forman parte del Consejo de Europa. La necesidad de adaptarse a la evolución y cambios de la realidad social, dio lugar a que, tras unos años, fuera ampliada y/o enmendada con la aprobación de tres Protocolos. El primero, de 5 de mayo de 1988 (Adicional), añadió cuatro derechos que mejoraron la protección de los trabajadores. El segundo, de 21 de octubre de 1991 (Enmienda), modifica algunos artículos con objeto de mejorar «(...) la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control». Finalmente, el importantísimo tercer y último Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, estableció un sistema de reclamaciones colectivas y avanzar en «(...) la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados»,

nio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que, si bien es el más importante en cuanto a la protección y garantía de los derechos humanos, son considerables las carencias respecto a los derechos sociales ya que tan sólo se puede considerar que hay dos preceptos *ad hoc*, los arts. 4, que contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y 11, sobre la libertad de reunión y de asociación, si bien, en ocasiones, se intenta una interpretación extensiva de otros preceptos para fundamentar demandas de ese ámbito. Claramente se precisaba de un texto adicional que los ampliara e integrara³⁵, más si atiende a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, poco proclive a su apreciación cuando se le ha sometido alguna controversia pues, como se explicará más adelante³⁶, en la mayoría de supuestos que se le han sometido limitaciones de derechos fundamentada en medidas de austeridad, los ha declarado inadmisibles.

Esto deriva en confusiones a todos los niveles, que son habitualmente evidenciadas en

reforzando «(...) la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales». El 3 de mayo de 1996 se adoptó la CSE revisada, destinada a «(...) reemplazar progresivamente la Carta Social Europea, los derechos garantizados por la Carta una vez enmendada, los derechos garantizados por el Protocolo Adicional de 1998 y de añadir nuevos», en concreto 8.

³⁵ Explica AKANDJI-KOMBE que la estrecha relación es patente si se estudian los trabajos preparatorios de la CSE, puesto que el dictamen emitido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de septiembre de 1953 resaltaba que «(...) debería constituir en el ámbito social un homólogo del CEDH (...)», y el Comité de Ministros, en el mensaje especial que publicó en mayo de 1954, la caracterizó como «(...) el pariente del CEDH en el ámbito social». En «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, 2006, n.º 67, pp. 387 y 388. Ese parentesco ha llevado a que se calificara, en un principio, a la CSE como la «hermana pobre» del CEDH, percepción que se ha superado habiendo contribuido a ello «(...) la fuerza progresivamente ganada por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos». JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del Estado Social Español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2006, n.º 2, p. 42.

³⁶ Véase *infra* apartado II.3.2.

los medios de comunicación, los gobernantes y partidos políticos. Uno de los más recientes se encuentra en la página web del Congreso de los diputados en la que se informaba de la aprobación por unanimidad de una iniciativa no legislativa que insta al Gobierno a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones colectivas, y tanto en el titular (*El Congreso insta al Gobierno a reafirmar el compromiso de España con los derechos sociales fundantes de la Unión Europea*) como en el breve texto («(...) y reafirmar el compromiso de España con los derechos sociales fundantes de la Unión Europea (...)» que la explica incurren en ese error³⁷.

Los tribunales no son ajenos lamentablemente a esta realidad. Puede verificarse en, entre otras, la STS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 1286/2013) que, al hacer referencia a los derechos sociales de la UE, los concreta en los reconocidos «(...) en la Carta Social Europea (Turín 1961) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE» o en la STSJ de Andalucía/Granada, de 16 de diciembre de 2015 (Rec. 2515/2015), donde, al señalar que «la aplicación preferente de los convenios colectivos resulta de los compromisos internacionales adquiridos por España, esencialmente Convenios de la OIT y regulación de la Unión Europea (...)», ésta es

precisada en el art. 6 de la CSE, sin añadir ningún precepto más³⁸.

Este decepcionante escenario no debe pasar desapercibido ni ser minusvalorado puesto que conlleva errores en aspectos tan básicos como su caracterización, naturaleza jurídica y la de su organismo de control, sus pronunciamientos así como su articulación con el resto de fuentes normativas —escala nacional y/o internacional—, que, como luego pondré en relieve, se traduce finalmente en un perjuicio para los ciudadanos al no reconocerles, en ocasiones, los derechos que directamente ese Tratado les atribuye. En suma, la efectividad de los derechos sociales se ve gravemente afectada con el descono-

³⁸ Véase también como ejemplo la STS de 26 de septiembre de 2006 (Rec. 165/2005) que, de forma absurda y con una interpretación enrevesada, señala que en el asunto que se aborda no es aplicable el art. 10.4 de la CSE porque el art. 20 b) recoge un mínimo de preceptos por los que obligarse, entre los que no se encuentra ese, y que, si bien la letra c) dice que hay que obligarse por un número adicional de artículos o párrafos como «en el texto de la Carta Social Europea publicado en el BOE no aparece la relación de los preceptos de la Parte II de la misma aceptados como obligatorios por España, (...) no es posible, en principio, afirmar que la sentencia recurrida incurre en infracción legal (...)». La respuesta es sencilla, en la publicación oficial no aparece la relación de preceptos concretas sino el texto completo porque justamente es de esa forma como se ratifica, teniendo simplemente que leer el inicio del instrumento de ratificación que expresamente recoge que «Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes (...). Al mismo tiempo, también es contradictoria, pues posteriormente señala que para admitir el recurso de casación en unificación de doctrina, dado su carácter extraordinario, no basta con alegar la infracción del precepto de la Parte II de la CSE que reconoce el derecho «sino que además es necesario alegar también la infracción del art. 20-1-c) y 20-2 de la misma (...) y además haber fundamentado esta específica infracción exponiendo y detallando las notificaciones y demás actos jurídicos llevados a cabo por el Estado español determinantes de que el mismo se hubiese obligado a cumplir (...) [el precepto que se invoque]», con lo que de esto puede derivarse que sí que hay aplicación directa. Basándose en el mismo texto ratificado en la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 11 de marzo de 2015 (Rec. 261/2015) resuelve que el art. 12.4 de la CSE obliga a adoptar acuerdos bilaterales o multilaterales.

³⁷ http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_pi-ref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=26409&anyo=2017&mes=11&pagina=1&mostrarvolver=S&tmovil=null (última consulta 3/2/2018). A ello hay que añadir los datos erróneos, se afirma «(...) solo hay 11 estados del Consejo de Europa pendientes de cumplir este trámite (...)». De los 43 países que han ratificado la CSE, 34 lo han hecho de la versión revisada, quedando 9 que únicamente lo han realizado de la originaria. Asimismo, de los 47 países que conforman el Consejo de Europa, 4 no han ratificado ninguna de las versiones de la CSE (Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza), puesto que la pertenencia al Consejo de Europa se supedita a la ratificación del CEDH y no así a la CSE. Véase, en este sentido, <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/signatures-ratifications>. Se debe tener presente que la ratificación a la CSE puede ser total o parcial, con lo que países que se han adherido al mismo texto y/o versión, pueden estar vinculados por diferentes preceptos.

cimiento del texto que en estos momentos, como se argumentó en el apartado anterior, es el «vector básico de referencia»³⁹.

Ese paralelismo entre las dos organizaciones conduce a una inexcusable convivencia, en apariencia «pacífica», sustentada en la existencia de algunas actuaciones teóricas coordinadas, que la práctica revela que no se concluyen.

Por orden cronológico de entre los más relevantes, es precisa la referencia al Informe del Primer Ministro Jean Paul Junckers de 11 de abril de 2006 presentado ante la Asamblea Parlamentaria, sobre las relaciones entre ambas con la denominación *Une même ambition pour le continent européen*⁴⁰, que formula un conjunto de recomendaciones que se erigen en el mínimo indispensable necesario para que desarrollen la misma idea y un pilar común de valores paneuropeos comunes.

Ha sido complementado con otros aprobados con posterioridad. De esta manera se debe hacer mención, por un lado, al *Memorandum de Acuerdo entre el Consejo de Europa y la Unión Europea* de 11 de mayo de 2007, en el que se prevé el marco general para la cooperación en el campo de los derechos humanos y las libertades fundamentales y acentúa el rol del Consejo de Europa, como la referencia central en materia de derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en Europa, asegurando con su suscripción «la coherencia» y la «cooperación jurídica» en materia de derechos humanos y derechos fundamentales (puntos 18 y 24), aunque tan sólo contiene una referencia expresa a la CSE en materia de cohesión social (punto 39). Y, por otro lado, al *Acuerdo en materia de cooperación entre la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa* de 18 de ju-

nio de 2008, adoptado para evitar la duplicidad y asegurar la complementariedad⁴¹.

Todos ponen de relieve la importancia de la actuación coordinada, sobre todo si se tiene en cuenta que la concordia ha evolucionado en los últimos tiempos en una patente «tensión» que se ha puesto de manifiesto, directa e indirectamente. Un supuesto de la primera se encuentra en la tramitación del procedimiento de la última decisión de fondo emitida por el CEDS condenando a Grecia [decisión de fondo de 23 de marzo de 2017, Reclamación n^o 111/2014, *Confédération générale grecque du travail* (GSEE)], en la que la Comisión Europea presentó Observaciones respaldando al país, que se examinarán posteriormente⁴², y sobre la segunda, numerosos son los ejemplos materializados a través de los organismos de control del cumplimiento de su respectiva normativa reguladora, me permito hacer hincapié que estos no examinan la norma internacional de su homóloga sino la que se traduce en el ámbito interno, materializándose en los propios Estados que forman parte de las dos organizaciones (todos los países de la UE han ratificado la CSE, originaria y/o revisada).

El resultado es lógicamente que, por un lado, una de las organizaciones demanda el cumplimiento de unas condiciones —a cambio de la concesión de los correspondientes prés-

³⁹ JIMENA QUESADA, L., «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, n^o 39, p. 294.

⁴⁰ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680597b35>

⁴¹ La doctrina cuestiona el papel de este organismo como colaborador con el Consejo de Europa, que se deriva de la lectura de los informes anuales que elabora, en los que no es una materia que se considere relevante además de que no se mencionan las dificultades de articulación de los dos sistemas, determinando que su actividad se limita prácticamente a ser un órgano de comunicación o publicidad, puesto que, aun cuando en el último emitido se encuentran objeciones sobre el «mal estado de salud del sistema de la UE en materia de derechos humanos», se echa en falta un análisis más profundo en ese sentido. En DUFROIS, N., FADIER, A. y MILLER, A., «Rapport annuel 2017 de la FRA: miroir d'une Union européenne en perte de vitesse sur les droits fondamentaux ?», en *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 novembre 2017, consulté le 02 avril 2018. <http://journals.opendition.org/revdh/3516>, pp.5, 10 y 11.

⁴² Véase *infra* apartado 2.2.2.B.a).

tamos— o de resoluciones del TJUE, y la otra se pronuncia en el sentido de que esas actuaciones ocasionan incumplimientos de su normativa, requiriendo en los mismos términos su supresión o modificación. Es como se ha referenciado en la prensa *Europa condenada por Europa*⁴³, acentuando que las políticas de la UE, además de perjudiciales e ineficaces, son contrarias a los valores de una sociedad democrática, defendidos desde hace años por instituciones internacionales con composición más numerosa y antigua.

Resulta indiscutible la caracterización del Consejo de Europa como la organización pionera en la defensa de los derechos humanos a pesar de la resistencia y también oposición a esa realidad por la UE, que obvia la existencia de un espacio jurídico europeo carente de jerarquía, interconectado, superpuesto y evolutivo⁴⁴.

Esta forma de proceder se intensifica considerablemente cuando el texto de referencia es la CSE, mucho más cuestionada y «desvalorizada» que el CEDH, no sólo por la UE, sino incluso dentro del propio Consejo de Europa, que tradicionalmente ha estado más interesado en armonizar prioritariamente su Tratado estrella⁴⁵, pretiriendo conscientemente que está en presencia de un texto complementario, necesario, más completo y coherente que aquél e incluso que las directivas comunitarias que tratan de similares materias, pues le resulta más sencillo evolucionar al ser el CEDH una instancia más dinámica⁴⁶. Así lo evoca éste en

numerosas ocasiones, al caracterizar la CSE como «(...) un instrumento vivo, destinado a hacer realidad determinados valores que la inspiran: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad»⁴⁷, que contiene el nivel de protección de los derechos humanos sociales más elevado y que, mientras esté en vigor, advierte que debe ser observado y respetado calificación muy importante de la que resulta:

a) Que «los derechos que garantiza no constituyen un fin en sí mismos, sino que completan los derechos del CEDH», al mismo nivel, de forma indisoluble, interdependientes e íntimamente relacionados» (párrafo 5 Declaración de Viena de 1993)⁴⁸. Por ello, las interpretaciones que realice se relacionarán con las que efectúe el TEDH de los preceptos que guarden relación dada «la interacción compleja entre las dos categorías de derechos».

b) Que la CSE se ha de entender «(...) a la luz de la evolución de los Derechos nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa en conjunción con los instrumentos internacionales pertinentes»⁴⁹.

communautaire», en *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne*. Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne, Direction générale des Droits de l'Homme, DG II en coopération avec le ministère du Travail et de la Politique sociale de Bulgarie et le Centre d'information et de documentation du Conseil de l'Europe en Bulgarie. Sofia (Bulgarie), 5-7 juillet 2000. *Cahiers de la Charte sociale*, 2001, n° 11. Editions du Conseil de l'Europe, p. 76.

⁴⁷ Entre otras, las decisiones de fondo de 4 de diciembre de 2000, Reclamación n° 2/1999, *Fédération européenne du Personnel des Services publics* (EUROFEDOP) contra Francia y 7 de diciembre de 2004, Reclamación colectiva n° 19/2003, *Organisation mondiale contre la Torture* (OMCT) contra Italia.

⁴⁸ Señala CHATTON que esta referencia no deja lugar a dudas, por lo que la doctrina científica debe rendirse a la evidencia de que «(...) la plena realización de los derechos humanos pasa inevitablemente por la garantía simultánea de los derechos sociales (...), dejando de considerarlos como «(...) demasiado vagos para ser justiciables, onerosos y contrarios al principio de separación de poderes». En «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta», *Revista de Derecho Político*, 2008, n° 73, p. 276.

⁴⁹ Entre otras, decisiones de fondo de 12 de octubre de 2004, Reclamación n° 16/2003, *Confédération française de*

⁴³ SCHOMAN, I., *Le Monde Diplomatique*, noviembre 2014.

⁴⁴ GUINEA LLORENTE, M., «Las relaciones políticas del Consejo de Europa y la Unión Europea: cooperación, complementariedad y división del trabajo». En AA.VV. (FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P.A.), *La Obra Jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, 2010, Gandulfo, pp. 40 y ss.

⁴⁵ GALERA RODRIGO, S., «Consejo de Europa y Unión Europea: ¿complementariedad o superposición?. Las necesidades que derivan de la consolidación de un derecho público europeo?. Comunicación presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, pp. 1 a 15. file:///D:/Downloads/Galera%20Rodrigo.pdf

⁴⁶ FITZPATRICK, B., «Approche comparée de la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux et de la législation

Con la finalidad de avanzar en ese plano teórico aludido, merecen especial atención las cuatro actuaciones más importantes efectuadas en este sentido, que, en su mayoría, proceden del Consejo de Europa, siempre más proclive a aportar soluciones a la problemática existente.

Así, en primer lugar, se ha de subrayar la intensa labor que desempeña el CEDS que va más allá del plano formal. Destacan las constantes menciones, referencias y sinergias que realiza, cuando emite sus pronunciamientos, con los instrumentos jurídicos de otras organizaciones internacionales, que complementa con reuniones periódicas con miembros del TJUE, hasta incluso con responsables de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos, que tuvo lugar, por primera vez, el 7 de julio de 2017, dirigida a establecer las bases para el diálogo, la cooperación y el intercambio de información sobre la jurisprudencia y la aplicación de los derechos sociales (la última el 20 de octubre de 2016). Similares encuentros, efectúa también con los miembros del TEDH con el objeto de reforzar la complementariedad entre los dos sistemas (el último el 11 de mayo de 2017), con miembros de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros (el último con los de Ucrania el 25 de enero de 2018) así como con el Comité de Ministros (el último el 21 de marzo de 2018).

En segundo lugar, precisa es la referencia al importante y extenso Documento de Trabajo sobre *La relation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne*, publicado el 15 de julio de 2014⁵⁰. En su contenido se pone en relieve «el estado de contradicción entre los dos sistemas que ha sido constatado por el Comité en el marco del procedimiento de control de la aplicación de la Carta fundado en las reclamaciones colectivas

del período 2010-2013», adoptándose con el objetivo de «contribuir, a una mejor coordinación de los dos sistemas normativos, en interés de los Estados y los ciudadanos, así como de las dos organizaciones europeas interesadas». Advierte, no obstante que, en todo caso, «los términos de una coordinación renovada solo pueden definirse e implementarse mediante decisiones políticas de alto nivel de los órganos institucionales competentes». Resumidamente, es indispensable que la UE, además de ser consciente de este problema, se implique en las soluciones que se proponen en la parte final del documento destinadas a asegurar una articulación más efectiva.

Estas relevantes «*pistas de reflexión y acción*» son esencialmente las siguientes: reforzar la atención de la CSE por parte del derecho de la UE a través de su adhesión, además de que se atienda a la misma por la Comisión, el Consejo y el Parlamento cada vez que adopte un nuevo texto, animar a los Estados a ratificar de forma completa la versión revisada y el Protocolo de 1995, definir un núcleo comunitario dentro de la CSE en el que se den indicaciones precisas a los Estados al respecto o profundizar en las relaciones entre la Agencia de Derechos Fundamentales y el CEDS para conocer y comprender mejor la realidad de la situación de los derechos sociales en los estados.

Su trascendencia se muestra en que pasaron a ser uno de los documentos básicos del Informe que se aprobó, en tercer lugar, en el relevante *Proceso de Turín*, una de las iniciativas más destacadas de los últimos tiempos, lanzada los días 17 y 18 de octubre de 2014 con el objetivo de mejorar la implementación de los derechos sociales y económicos a nivel continental, junto con los derechos civiles y políticos del CEDS, que prosigue realizando actuaciones en orden a la materialización de sus objetivos, la última tuvo lugar en marzo de 2016 con la *Conférence interparlementaire sur la Charte sociale européenne, Forum de Turin sur les droits sociaux en Europe*⁵¹.

⁴⁹ *l'Encadrement CFE-CGC* contra Francia y 7 de diciembre de 2004, Reclamaciones nº 17, 19, 20 y 21/2003, *Organisation mondiale contre la Torture* (OMCT) contra Grecia, Italia, Portugal y Bélgica.

⁵⁰ <https://rm.coe.int/16806543cd>

⁵¹ Véase de forma más amplia *infra* apartado 3.1.

Por tanto, se puede constatar el interés y las soluciones propuestas por el Consejo de Europa que, por el contrario, no se ha visto secundado en la misma medida por las instituciones comunitarias, habiendo tenido numerosas oportunidades para ello. Esto es más que visible llegado el momento de trasladarlas a un plano real y práctico, respecto de algunas ha manifestado su oposición, mientras que de otras se limita a realizar algunas referencias puntuales. Se trata de una actuación muy cuestionable y carente de sentido puesto que la mayoría de los derechos que se contienen en la CSE revisada encuentran su paralelismo en la CDFUE, ya que en su elaboración, aquélla fue elemento central de inspiración y referencia, expresamente se indica y se verifica en las 22 menciones que hay a la misma⁵².

Aprovechando la iniciativa de marzo de 2016 de la UE del *Pilar de los derechos sociales*, adoptada formalmente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la *Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento* celebrada en Gotemburgo, el Secretario General del Consejo de Europa publicó, en cuarto y último lugar, un dictamen el 2 de diciembre de 2016, sobre *L'iniciative visant la mise en place d'un Socle européen des droits sociaux par l'Union européenne*⁵³. Rememorando el contenido de los documentos citados en los párrafos anteriores y que la CSE «representa un componente esencial de la arquitectura de los derechos sociales a nivel continental y, de este hecho, está reconocida como la Constitución Social de Europa», es concluyente al afirmar la necesidad de que las dos organizaciones cooperen, de manera que si la UE tiene como objetivo situar los derechos sociales en el centro de su funcionamiento, políticas y compromisos, para ello debe hacerlos compatibles con los textos del CE.

A día de hoy se puede afirmar que la UE no ha modificado su «aprecio y valoración» de la CSE, claro ejemplo de ello es el documento final aprobado en el que tan sólo hay dos referencias a la CSE de 1961, ambas en el Preámbulo⁵⁴.

Esta actitud mantenida desde hace años, de la que no se perciben cambios significativos por el momento, es la que ha derivado en que el CEDS haya adoptado una posición terminante. En este sentido, ha sido taxativo al rechazar la existencia de un doble estándar de protección de los derechos sociales, dependiendo de si el Estado es, a su vez, miembro o no de la UE o la imposibilidad de soslayar las violaciones de la CSE en que la norma y/o práctica viene exigida por aquélla⁵⁵. Esta advertencias no se

⁵⁴ Así lo apuntaba en los primeros documentos Vandamme, en el sentido de que «(...) puisque le lien entre le Socle et la Charte n'était pas illustré dans la communication de la Commission, on peut craindre cependant que le nouvel instrument n'inclure pas – ce qui serait regrettable –, dans une partie finale sur sa gouvernance, le double principe politique, d'une part de la convergence des deux corps de droits ou de principes, d'autre part d'une gouvernance de suivi de l'application du Socle qui tienne compte des normes de la Charte sociale européenne», en «La Charte Sociale Européenne et la politique d'emploi: aperçu des conclusions significatives (2016) du Comité Européen des Droits Sociaux». *Lex Social : revista de los derechos sociales*, 2017, nº 1, pp. 581 y 582 https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/2447/1970

⁵⁵ La situación inversa se ha producido, es decir, los Estados han pretendido invocar el necesario cumplimiento de sus obligaciones con la CSE en lugar de las requeridas por los Tratados de la UE, sirviéndose del art. 351.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE al determinar que «Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra», que se incluyó con el objetivo de facilitar la adhesión de los Estados a la UE, cuando tienen compromisos previamente con otras organizaciones internacionales. Se trata de una vía excepcional, que sólo puede ser utilizada para situaciones transitorias, como se deduce de su apartado segundo al añadir que «En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común» pudien-

⁵² *Præsidium* del Proyecto de la CDFUE http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/04473_es.pdf (último acceso 2/4/2018).

⁵³ <https://rm.coe.int/16806dd0bd> (último acceso 2/4/2018).

han quedado en un plano genérico sino que las ha ido materializando en supuestos concretos sometidos a su enjuiciamiento, uno de los más conocidos, la decisión de fondo de 3 de julio de 2013, Reclamación n^o 85/2012, *Confederación Sueca de Sindicatos (LO) y la Confederación Sueca de Empleados Profesionales (TCO) contra Suecia*, en la que se evidenció la firmeza en el enjuiciamiento del supuesto planteado al declarar el principio general en cuanto a la inexistencia de una presunción de conformidad de la legislación de la UE con la CSE, que son dos sistemas jurídicos diferentes, en los que «(...) los principios, reglas y obligaciones del primero no coinciden con el sistema de valores, principios y derechos consagrados en la segunda». Para ello, empleó, entre otros, pronunciamientos del TEDH similares en los que, si bien había expresado con anterioridad que, en algunos supuestos, era posible considerar que existe «una presunción de conformidad del derecho de la UE al CEDH, constatada a partir de un cierto número de indicios relativos al lugar ocupado en el Derecho comunitario por los derechos civiles y políticos garantizados por el Convenio»⁵⁶, esta misma afirmación legítima

do obligar a la denuncia del convenio. DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de L'Union Européenne à La Charte sociale européenne (The Accession of the European Union to the European Social Charter)», Julio, 2014. <https://ssrn.com/abstract=2475754> (último acceso 1/4/2018), p. 18

⁵⁶ Sobre este aspecto es fundamental la sentencia de 30 de junio de 2005 [asunto *Bosphorus Gava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi* contra Irlanda (demanda n^o 45036/98)] en la que al analizar una actuación de un Estado realizada en cumplimiento de una normativa comunitaria distingue si el Estado ha tenido un margen de maniobra, pues si lo tiene la valoración del TEDH se dirigirá al Estado mientras que, en su ausencia, lo hará respecto de la norma de la organización internacional. En este último caso, se determina que se puede presumir que es conforme al CEDH si la protección que otorga es equivalente, presunción que puede quedar desvirtuada en un supuesto concreto si se aprecia que la protección de los derechos garantizados es insuficiente respecto de la que otorga el CEDH. Véase un estudio más amplio de esta importante sentencia en Antón Guardiola, C., «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, *Bosphorus Airways*, 45036/98- Derecho comunitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, n^o 28, pp. 943 a 956.

Se trata de un aspecto que también había sido precisado previamente por el propio TEDH, al señalar que la circunstancia

al CEDS que, dada su limitada e indispensable comprobación, al menos por el momento, se pueda predicar de todos los convenios del CE, incluyendo a la CSE. En consecuencia, «(...) no se desprende, ni del lugar de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico de la Unión ni de los pronunciamientos de elaboración del Derecho derivado a este respecto, que una presunción de esa naturaleza pueda establecerse, siquiera de manera rebatible, considerando la conformidad de los textos jurídicos de la Unión Europea a la Carta Social Europea».

Así pues, dos Europas diferenciadas en las que los conflictos ya son una realidad desde hace unos años al haberse producido diferentes valoraciones en cuanto a supuestos de hecho similares o incluso idénticos conflictos, encontrándose un país en una situación nada fácil pero que debe resolver debido a los compromisos que tiene adquiridos y debe respetar.

Este escenario se agudiza por la existencia de divergencias similares en el seno del Consejo de Europa, en particular, entre el TEDH y el CEDS, que conducen a que se pueda hablar de una «tercera Europa». Esta deplorable situación interna es aprovechada y perspicazmente utilizada por las instituciones comunitarias y los Estados, en los supuestos en que presentan puntos en común con el primero de ellos, para desvalorizar aún más la CSE y, por ende, a su órgano.

Por consiguiente, no existe, uniformidad y/o sinergias entre las dos organizaciones europeas, ni tampoco dentro del Consejo de Europa, con lo que la construcción de una Europa social armonizada, entendida como la formación de una Europa con estándares de protección uniformes, en principio, es un objetivo a alcanzar.

La doctrina, consciente de ello intenta arbitrar soluciones con propuestas muy dispares. En ocasiones se propone la necesidad de

de que un artículo se inspire prácticamente palabra por palabra en una Directiva comunitaria no le sustrae del control del CEDH [sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Affaire Canton* c. *France* (n^o17862/91)].

compartir valores comunes⁵⁷ e integrar las situaciones de conflicto de manera que ambas son fundamentales para la construcción de un sistema europeo de protección de los derechos sociales⁵⁸, mientras que otras se inclinan por la desaparición de los dos sistemas europeos con la finalidad de evitar las situaciones de conflicto⁵⁹.

En las páginas siguientes se mostrarán ejemplos de esas divergencias con la finalidad de confirmar que la CSE constituye en la actualidad el estándar de protección más elevado de ineludible cumplimiento por parte de los Estados que lo han suscrito. Con esta premisa, mientras se mantengan las objeciones y rechazos, la solución a la convivencia a proponer pasa por la aceptación de la existencia de diferentes niveles de protección compatibles, complementarios, de inexcusable

⁵⁷ Esos valores los concreta Lapeyre en la democracia, cohesión, solidaridad y la calidad de las relaciones sociales, incluyendo la protección social, menos presente en la UE y erigiéndose la CSE respecto del último enumerado en todo un referente. En «Le rôle de la Charte sociale européenne dans le processus d'élargissement de l'Union européenne: le point de vue de la Confédération européenne des syndicats (CES), européenne. Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne, Direction générale des Droits de l'Homme, DG II en coopération avec le ministère du Travail et de la Politique sociale de Bulgarie et le Centre d'information et de documentation du Conseil de l'Europe en Bulgarie. Sofia (Bulgarie), 5-7 juillet 2000. *Cahiers de la Charte sociale*, 2001, n° 11, Editions du Conseil de l'Europe, p. 52

⁵⁸ STANGOS, P., «Les rapports entre la Charte Sociale Européenne et le droit de l'Union Européenne. Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 2, p. 393.

⁵⁹ Apunta GARRIDO que «aunque en teoría los espacios están delimitados, -la Carta desplegaría sus efectos con relación a la actuación de las instituciones europeas y respecto de los actos de los Estados miembros que apliquen el derecho comunitario, mientras que el Convenio Europeo lo hace con relación a los actos de los Estados miembros del Consejo de Europa, con exclusión de los que sean aplicación del Derecho comunitario-, ambos sistemas pueden acabar yuxtaponiéndose y complicándose, originando situaciones de inseguridad jurídica». En «El futuro de los derechos humanos en la Unión Europea», AA.VV., *La integración europea y la transición política en España*, Fundación FAES, Madrid 2003, extraída de http://www.fundacion-faes.org/file_upload/publication/pdf/20130425185237el-futuro-de-los-derechos-humanos-en-la-union-europea.pdf, p. 298.

cumplimiento en términos equivalentes por todos los sujetos del escenario nacional y/o internacional, externo o interno, asumiendo y acatando la trascendental y ejemplarizante doctrina de la primera y segunda instancia judicial de países como España, Grecia y Francia, fundamentada en la articulación jerárquica de las fuentes, el principio de *favor libertatis* y el control de convencionalidad, como se mostrará en el último apartado de este estudio frente a las resistencias de los gobiernos.

2.2. Las divergencias ad extra entre las organizaciones a nivel europeo y sus organismos del control

Como se ha explicado, existen dos organizaciones internacionales diferentes, con sus propios instrumentos jurídicos y organismos de examen que verifican que se respete su normativa, por un lado, el TJUE y, por otro, lado el CEDS.

En los apartados siguientes se van a mostrar dos de las disparidades existentes en la actualidad en cuanto a la resolución de controversias semejantes y la conformidad a su respectivo marco normativo. Con ello, la carencia de sinergia es evidente, no pudiendo el Estado en cuestión abstraerse de la misma, desde el momento en que está obligado a observar en los mismos términos los compromisos adquiridos.

Si bien, como se verá, el primero afecta a Francia y el segundo a Grecia, ambos han tenido su correspondiente efecto directo en sede judicial, no sólo en el país implicado, sino también en España tal y como se expondrá en el último apartado de este artículo, a través de las correspondientes resoluciones judiciales emitidas por las instancias jurisdiccionales inferiores que reaccionan frente la pasividad consciente y deliberada del Estado que no suprime ni modifica la norma vulneradora del Tratado. De nuevo, el control de convencionalidad se constituye en el fundamento para su restablecimiento y, con ello, estos órganos se

erigen en los genuinos garantes de la justicia social⁶⁰.

2.2.1. *La caracterización de los períodos de guardia localizada (astreintes)*

El primer supuesto objeto de análisis en el que se ha producido una desigual resolución entre el TJUE y el CEDS versa sobre la consideración como tiempo de trabajo o de descanso de los denominados períodos de disponibilidad, guardias de localización o *astreintes*, que es el término habitual utilizado en Francia y que me permito referenciar literalmente al ser uno de los que más conflictividad ha planteado desde hace años en instancias judiciales internas, además de las internacionales que se analizarán. Recientemente el interés en esta cuestión ha surgido de nuevo, no sólo en ese país, originando una nueva reclamación colectiva ante el CEDS, sino entre la doctrina laboralista, tras haber emitido el TJUE una sentencia que, si bien en un principio y atendiendo a los titulares, podía hacer pensar a los investigadores de la CSE que las interpretaciones se aproximaban, tras una lectura de la misma, en mi opinión y como argumentaré en las siguientes páginas, no se ha producido ningún cambio.

Para un adecuado entendimiento de la fundamentación de los pronunciamientos emitidos, principalmente los del CEDS que son los que, como se analizará, han optado por una resolución favorable, considero indispensable realizar previamente una delimitación conceptual, de algunos aspectos de su naturaleza jurídica así como de su afectación a las condiciones de trabajo y esfera privada del trabajador.

Brevemente señalaré que se puede caracterizar como un período de tiempo *tertium genus* entre el trabajo efectivo y el tiempo de

descanso⁶¹, en el que un trabajador está a disposición del empresario, a través de un sistema de localización telefónica o cualquier otro medio derivado de las facilidades que otorgan en este sentido las nuevas tecnologías (correo electrónico, aplicaciones tipo *whatsapp*, *telegram*, etc.), con el objeto de atender solicitudes de servicio o urgencias que puedan producirse. En suma, se trata de una situación en la que el trabajador está «*potencialmente vinculado al trabajo*»⁶².

No debe confundirse con las guardias, destacando un elemento determinante como es que el trabajador no está en su centro de trabajo o lugar indicado por el empresario de manera que está en disposición de atender un requerimiento laboral –de la definición legal que luego referenciaré se ha excluido la necesidad de estar en el domicilio o alrededores–, y debe estar localizable a efectos de que, de producirse alguna demanda, proceda a atenderla.

Su naturaleza jurídica, y con ello su relación con las condiciones de trabajo, entre otras, la remuneración y el cómputo dentro del descanso mínimo o semanal o del tiempo de trabajo efectivo, no se ha de minimizar, puesto que no se está ante una figura extraña, más bien al contrario, cada vez más utilizada y no sólo en sectores como el sanitario, uno de los más habitados. Así lo confirman algunos estudios realizados que han mostrado que en el año 2013, 10.1% de los trabajadores asalariados han declarado que forma parte de su relación laboral esta modalidad de guardia y, en particular, de ellos, el 61.2% han efectuado de 1 a 12 por año, el 23.4% de 13 a 47, 9.3% de 48 a 117, 3.3% de 118 a 234 y 2.2% de 235 en adelante, declarando el 66.9% que por su realización se beneficiaron de una compensación salarial o de descanso –los da-

⁶¹ VÉRICEL, M., «Astreintes: caractère substantiel des conditions légales de leur institution». *Revue de droit du travail*, 2017, nº 12, p. 804.

⁶² BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, p. 55.

⁶⁰ ROMAN, D., «Le juge et la justice sociale», *Délibérée*, 2017, nº 2, pp. 7 y 8, <https://www.cairn.info/revue-deliberée-2017-2-p-6.htm>.

tos mostrados parten de una cifra de efectivos de 22.859⁶³. Por lo que se refiere a sectores específicos, en una encuesta realizada por el Observatorio de la remuneración en marzo de 2015, el 96% de las empresas de servicios informáticos, declararon que tenían personal con sujeción al mismo⁶⁴.

En cuanto a su relación con la prevención de riesgos laborales, los análisis han puesto de manifiesto los riesgos físicos y psicológicos directamente relacionados. Así, en el año 2015 expertos holandeses, tras la realización de una investigación, llegaron a unas preocupantes conclusiones en cuanto al estrés que produce, la afectación en las tareas y vida familiar e incluso en el trabajo en sí mismo a desempeñar si son llamados para intervenir, alertando de que están muy lejos de ser considerados esos períodos como «*inofensivos*», ya que afectan a cualquier planificación e incluso dificultan la posibilidad de adoptar medidas preventivas para hacer frente a esos riesgos psicológicos dada su imprevisibilidad, provocando, el efecto contrario, es decir, su agravamiento –se afirma que los efectos sobre la conducción de una persona durante este período son equivalentes a tener un nivel de alcohol en sangre entre 0.5% y 1%–⁶⁵.

⁶³ ALGAVA, E. y VINCK, L., «L'organisation du temps de travail. Enquêtes Conditions de travail». Synthèse. Stat. Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques. 2015, nº 12, pp. 139 y ss. http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/synthese_stat_no_12_-_conditions_de_travail_vol.2_.pdf.

⁶⁴ file:///D:/Downloads/Enquete%20.pdf

⁶⁵ ZIEBERTZ, C. et altri, «The Relationship of On-Call Work with Fatigue, Work-Home Interference, and Perceived Performance Difficulties», *BioMed Research International*, 2015, Article ID 643413, Behavior science institute, Radboud university, Netherlands, <http://dx.doi.org/10.1155/2015/643413> (última consulta 9/2/2018), pp. 1 a 11. Véase también como evidencia de esos efectos negativos FINKENSIEPER, P., «The Role of Psychological Detachment and Negative Experiences in the Relationship Between On-Call Work, Fatigue, and Recovery», 2016, Behavioural Science Institute, Radboud University Nijmegen https://www.innovatiefinwerk.nl/sites/innovatiefinwerk.nl/files/field/bijlage/finkensieper_philipp_-_masterthese.pdf (última consulta 9/2/2018), pp. 1 a 27.

En los sectores más acostumbrados a su recurso también se ha realizado algún estudio, debiendo citar en este sentido la encuesta nacional que realizó el ISNIH (*Inter Syndicat National des Internes des Hôpitaux*) en el año 2012 sobre las guardias, con y sin localización y la jornada de trabajo de los internos en el sector de la medicina. El 22% de los trabajadores afectados declaró que sus *astreintes* deberían ser transformadas en guardias debido a la carga de trabajo que habían generado, el 80% señaló la directa afectación en su vida social y familiar al haber hecho una media de dos por mes, la preocupante realidad de que un 70% no recibe ninguna remuneración por realizarlas y, por último, la acusada tendencia por parte de los responsables de las instituciones dónde se trabaja de transformar las guardias localizadas en *astreintes*, con la finalidad de ahorrar costes, llegando, en consecuencia, un interno a trabajar durante todo el período de *astreinte* de forma exactamente igual que si fuera una guardia y, sin embargo, de ser remunerado, sólo recibir como si hubiera intervenido en una ocasión⁶⁶.

De los datos y estudios aportados, se infiere que los principales aspectos controvertidos giran en torno a su régimen jurídico, en particular, su relación con el tiempo de trabajo y descanso, la retribución y potestad empresarial en torno a las mismas, entre otras. El Código de Trabajo francés contiene una regulación expresa en el art. 3121 apartados 9 a 2, que fueron modificados por la conocida y controvertida Ley nº 2016-1088, de 8 de agosto, *relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la estabilización de la trayectoria profesional*.

Lo define como «*como un período durante el cual el trabajador, sin estar en su lugar de trabajo y sin estar a disposición permanente e*

⁶⁶ <http://internat-rennes.com/wp-content/uploads/2012/09/ENQUETE-ISNIH-sept-2012.pdf>. Propone el estudio incluir la distinción entre *astreintes* operacionales, para las actividades que requieren actuaciones más frecuentes, y las de seguridad, para las que no lo son, con un régimen jurídico diferente.

inmediata del empleador; debe estar en condiciones para llevar a cabo un trabajo o servicio de la empresa» (Art. 3121-9). Anteriormente contenía una referencia sobre la necesidad de estar en el domicilio o zona próxima, pero ha sido suprimida por la norma aludida. En el caso de producirse esa intervención, su duración es considerada como tiempo de trabajo efectivo. Por el contrario, de no llevarse a cabo, se determina que sea compensada económicamente o con descanso, incluyéndose en el cómputo del descanso diario y semanal que exige la normativa (art. 3121-10). La programación de las mismas es atribuida al empresario, que debe informar al trabajador en un plazo razonable.

Se conceden competencias a la negociación colectiva de empresa o sectorial, pudiendo especificar la forma de organizarlas, de información, los plazos de notificación así como la modalidad de compensación (art. 3121-11). En ausencia de esta regulación, es el empresario el que lo precisará, comunicándolo con posterioridad al comité social y económico⁶⁷ y a la inspección de trabajo. Por lo que se refiere al trabajador, las modalidades de información en algunos sectores serán determinadas por decreto del Consejo de Estado y la programación se le comunicará con quince días de antelación, excepto en circunstancias excepcionales en las que se hará con un mínimo de un día hábil.

Si bien se puede pensar que la situación se ha quedado en el nivel internacional, como he apuntado, la misma ha sido objeto de resolución en primera instancia, siendo la importante sentencia del Juzgado de lo Social n^o 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015 la primera que ha arbitrado una solución ante la disparidad de pronunciamientos del CEDS y del TJUE que van a ser objeto de examen a continuación, que

⁶⁷ Denominación incorporada por la Ordonnance n^o 2017-1386 de 22 de septiembre de 2017 relativa a la *nueva organización del diálogo social y económico en la empresa y la promoción y desarrollo de las responsabilidades sindicales* que sustituye a la anterior de comité de empresa y delegados de personal.

será analizada en el último apartado de este estudio como parámetro a seguir dada su interpretación fundamentada en la compatibilidad y complementariedad de los diferentes niveles de protección de los derechos.

A. Interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- a) *La regla general determinada en las sentencias de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) y 1 de diciembre de 2015 (C-14/2004)*

La cuestión relativa a la asimilación del tiempo de localización a jornada efectiva laboral o a descanso ha sido objeto de resolución por el TJUE en diversas ocasiones, estableciendo una regla general en tres pronunciamientos, que serán analizados a continuación, que no se ven desvirtuados por la reciente adopción de un cuarto, que se examinará de forma separada en el apartado siguiente, al considerar que resuelve de forma puntual y aislada el supuesto planteado.

Por lo que se refiere al primero de ellos, la sentencia de 3 de octubre de 2000 (C-303-98), se pronunció sobre un conflicto que se localiza en nuestro país, en concreto, con los médicos de un servicio de atención primaria. La demanda la interpone el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra la Consejería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, estando vigente en ese momento como normativa reguladora la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, *relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo* —derogada desde la entrada en vigor de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre—

En el pronunciamiento se señala que los elementos característicos del concepto de «tiempo de trabajo», o en su caso de las horas extraordinarias, se dan en los períodos de atención continuada de este personal si están en régimen de presencia física en el centro

sanitario, puesto que, aunque puedan variar las circunstancias de la actividad realmente realizada, es determinante la obligación impuesta de «estar presentes y disponibles en los centros de trabajo para prestar sus servicios profesionales», observando, por tanto, la finalidad de la legislación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores

Sin embargo, éste no se identifica con el correspondiente al de atención continuada en régimen de «localización», en el que tienen como elemento común la disposición al empresario pero sin presencia en el centro sanitario. En esa situación, se considera que aunque la organización de su tiempo es más limitada, pueden dedicarse a sus asuntos personales. Ello implica que, según la normativa comunitaria, sólo se caracterizará como tiempo de trabajo si se produce la prestación efectiva de servicios.

La materia volvió a plantearse, en segundo lugar, en la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (asunto C-151/02) en el mismo sector, en particular, en el marco del servicio de atención continuada de un médico en un hospital, en este caso en Alemania. Para situar el supuesto de hecho, la normativa aplicable distingue tres conceptos, específicamente, el servicio de permanencia, el de atención continuada y el de alerta localizada, delimitados por la jurisprudencia, que ha ido fijando su naturaleza jurídica y principales características.

En concreto, el primero se ha considerado que comprende la situación en la que el trabajador debe mantenerse a disposición del empresario en el lugar de trabajo y, además, está obligado a estar en alerta ante la necesidad de intervenir de forma inmediata. En cuanto al segundo, el trabajador ha de estar presente en un lugar que le determinará el empresario, dentro o fuera del establecimiento habitual, así como a prestar el servicio que le pueda requerir, pero se le permite descansar o emplear su tiempo como lo desee mientras no se demanden sus servicios profesionales. Con referencia al tercero, se caracteriza porque el trabajador no está obligado a permanecer

en un lugar designado por el empresario, sino que es suficiente que esté localizable en todo momento con el fin de que pueda ejercer sus funciones profesionales en un corto espacio de ser llamado. En suma, los dos primeros tienen en común que el empresario designa el lugar en el que el trabajador debe permanecer mientras que el tercero no.

De los tres enumerados, únicamente el primero se considera, en general, tiempo de trabajo en su totalidad, conclusión que es trasladable a cualquier sector en el que la prestación de servicios sea similar⁶⁸. Por el contrario, el servicio de atención continuada se asimilará únicamente con base en un porcentaje, que en el caso representa la duración media del trabajo requerido, o se compensa de forma similar, pero no es tiempo de trabajo efectivo al 100%. En cuanto a la alerta localizada, es tiempo de descanso salvo si el trabajador ha tenido que ejercer efectivamente sus funciones profesionales.

En el supuesto de hecho, el demandante efectúa con regularidad 6 turnos de atención continuada al mes que se compensan, entre la asignación de tiempo libre y el abono de un complemento retributivo⁶⁹, solicitando que sean en su totalidad tiempo de trabajo trasladando y aplicando la interpretación del concepto que se emitió en la sentencia anterior en cuanto a la caracterización como tiempo de trabajo del período en el que el trabajador está a disposición del empresario en el centro o dependencia que éste le indique.

El TJUE acogió la demanda ya que está presente en esos períodos de atención conti-

⁶⁸ BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso...op. cit.*, p. 53.

⁶⁹ Específicamente, los servicios de atención continuada del reclamante se organizan permaneciendo en la clínica y prestando servicios profesionales en caso de necesidad. En el hospital se le proporciona una habitación con una cama –el carácter apropiado de este alojamiento es objeto de disputa también–. Se acredita que los períodos durante los cuales se requieren sus servicios profesionales representan una media del 49% de los servicios de atención continuada.

nuada el factor determinante para considerar que es «tiempo de trabajo», pues «(...) está obligado a hallarse físicamente presente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad». Añadió en este sentido que, la omisión de cualquier referencia explícita en el fallo precedente sobre la posibilidad de que los médicos que presten un servicio de atención continuada en régimen de presencia física en el hospital descansen e incluso duerman durante los períodos en los que no se requieran sus servicios, es irrelevante puesto que «(...) tales períodos de inactividad profesional son inherentes al servicio de atención continuada cuando los médicos los efectúan en régimen de presencia física en el hospital, dado que, a diferencia del horario normal de trabajo, la necesidad de intervenciones urgentes depende de las circunstancias y no puede planificarse de antemano».

Asimismo, subraya la diferenciación entre este período y el de alerta localizada, de manera que «está sujeto a limitaciones considerablemente más gravosas, puesto que debe permanecer alejado de su entorno tanto familiar como social y goza de una menor libertad para administrar el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales». Por tanto, «no cabe considerar que un trabajador disponible en el lugar designado por el empresario se halla descansando durante los períodos de su servicio de atención continuada en los que no ejerce efectivamente una actividad profesional», por lo que, sin lugar a dudas, es tiempo de trabajo efectivo en su totalidad independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas, debiendo cualquier normativa nacional adaptarse a la Directiva interpretada en este sentido.

En tercer y último lugar, de nuevo se tuvo que examinar la cuestión en la sentencia de 1 de diciembre de 2015 (C-14/04) que se centra en la demanda planteada por un educador de un centro que funciona en régimen de internado, despedido por las desavenencias surgi-

das en torno al concepto de trabajo efectivo así como a la remuneración correspondiente a las horas de trabajo nocturno, efectuadas en una habitación de guardia. Esta reclamación presenta la peculiaridad de que se le acumularon los recursos de la organizaciones sindicales *Confederation générale du travail*, la *Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux* CFDT y la *Fédération nationale de l'action sociale Force ouvrière* que, previamente, habían impugnado ante el Consejo de Estado francés el Decreto n^o 2001-1384 du 31 décembre, *pris pour l'application de l'article L. 212-4 du code du travail et instituant une durée d'équivalence de la durée légale du travail dans les établissements sociaux et médico-sociaux gérés par des personnes privées à but non lucratif* solicitando su anulación con referencia a diversos aspectos, entre otros, la equivalencia entre las horas de presencia y las horas de trabajo efectivamente computadas –tres a uno para las nueve primeras horas, y dos a uno para las horas siguientes–.

El TJUE reproduce la jurisprudencia precedente, en suma, que los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral son tiempo de trabajo en su totalidad independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el interesado durante las mismas. Por ello, son irrelevantes los tiempos de inactividad puesto que el componente definitivo está presente, es decir, «(...) el hecho de que dicho trabajador está obligado a estar físicamente en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad».

En consecuencia, los servicios de guardia del demandante en el propio lugar de trabajo deben valorarse íntegramente en la fijación de la duración máxima diaria y semanal del tiempo de trabajo, quedando acreditado que la normativa nacional contra la que se interpuso la reclamación que sólo tiene en cuenta parcialmente las horas de los servicios de guardia

con presencia física, a efectos de la fijación de la duración máxima del trabajo y del cálculo de las horas extraordinarias, vulnera el derecho comunitario que exige que esas horas de presencia física sean íntegramente contabilizadas como horas de trabajo.

En resumen, el criterio interpretativo de las tres sentencias es categórico no caracterizando, como regla general, el período guardia localizada, sin presencia física, como tiempo de trabajo efectivo y, por derivación, como tiempo de descanso.

b) La excepción puntual de la sentencia de 21 de febrero de 2018 (C-518/15)

Recientemente, el TJUE ha emitido un nuevo pronunciamiento sobre esta cuestión, en concreto, el 21 de febrero de 2018 (C-518/15) que ha tenido gran repercusión en los medios de comunicación, fácilmente comprensible tras la lectura del comunicado de prensa y su encabezado «El tiempo de guardia domiciliaria de un trabajador que debe responder a las llamadas del empresario en un plazo de tiempo breve debe considerarse «tiempo de trabajo»», complementado por un breve extracto de la misma que reza «La obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario y la restricción que supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de tiempo breve limitan considerablemente las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a otras actividades»⁷⁰.

Las alarmas saltaron de inmediato, me remito a los datos estadísticos apuntados anteriormente, como muestra a tener en cuenta, y que la realidad diaria revela que no reflejan la totalidad de los afectados puesto que, si bien, antes se podía focalizar en el sector sanitario principalmente, en estos momentos es perfectamente extrapolable a muchos más.

⁷⁰ <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2018-02/cp180014es.pdf>.

El litigio se centra en Bélgica y tiene su origen en una demanda interpuesta por un ciudadano que presta servicios de protección contra incendios. Específicamente, se compone de bomberos profesionales y voluntarios, adscribiéndose el demandante a este último en el año 1981. Entre las condiciones en las que prestaba sus servicios, el Reglamento interno exigía tener el domicilio o residir «en un lugar que le permita presentarse en el parque de bomberos (...), en condiciones de tráfico fluido y respetando el Código de la Circulación, en no más de ocho minutos», y por lo que se refiere al período de guardia localizada, obliga a permanecer a una distancia del parque de bomberos que le permita presentarse en éste en el mismo tiempo, y «hacer gala de una diligencia particular a efectos de estar permanentemente en condiciones de hacer uso de los diferentes medios técnicos utilizados para convocar al personal y de ponerse en camino inmediatamente, en la forma más adecuada, cuando el personal en período de guardia localizada sea convocado».

En 2009, entabló un procedimiento judicial contra la administración solicitando que los servicios de guardia domiciliaria se consideraran tiempo de trabajo y se le remunerara con 1 euro. En primera instancia la demanda fue favorablemente acogida, pero fue la segunda, tras el correspondiente recurso de la administración, la que planteó la cuestión prejudicial.

Centrándome en la resolución de ese punto, el TJUE, siguiendo la línea de las anteriores resoluciones, repasa la jurisprudencia emitida anteriormente sobre la delimitación del tiempo de trabajo relacionándolo con los períodos de guardia localizada así como con la libertad de elegir el lugar de estancia durante los mismos. Aplicado al supuesto y remarco, las peculiares circunstancias que concurren en el mismo, llevan a resolver que es tiempo de trabajo al tener que estar «accesible permanentemente», que se materializa en una restricción objetiva e incluso imposibilidad de dedicarse a sus intereses personales y sociales, complementando, además, el fallo con la diferente situación que se está enjuiciando de

otros trabajadores que, también en guardia localizada, tan sólo se les obliga a estar a disposición del empresario «a los efectos de que éste pueda localizarle».

Una lectura completa de la sentencia muestra claramente que no se ha producido un giro en el criterio general analizado y que, salvo que se presente un conflicto con similares características, la identificación no será aplicable⁷¹.

B. Las decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 8 de diciembre de 2004 (Reclamaciones n^o 16 y 22/2003) y de 23 de junio de 2010 (Reclamación n^o 55/2009)

La cuestión controvertida apuntada ha sido objeto de valoración por el CEDS en tres ocasiones con referencia a la CSE. A éstas, se unirá en los próximos meses una cuarta resolución pues la última reforma de la normativa francesa ha sido objeto de impugnación con la presentación de la Reclamación n^o 149/2017, de 4 de abril de 2017, por la *Confédération générale du travail*, CGT *Confédération française de l'Encadrement-Confédération générale de cadres*, CFE-CGC contra Francia, admitida a trámite el 12 de septiembre de 2017, que analizaré al final de este apartado en cuanto a su estado actual.

Las dos primeras decisiones de fondo, de 8 de diciembre de 2004, tienen su origen en las Reclamaciones n^o 16/2003 y 22/2003 que

interpusieron las mismas organizaciones citadas en el apartado anterior, específicamente contra el artículo L. 212-4 bis) del Código de trabajo, que determina el régimen jurídico de periodo de guardia localizada, precepto que había sido introducido por la Ley n^o 2000-37 de 19 de enero de 2000, sobre *la reducción negociada del tiempo de trabajo* (Ley *Aubry* II), y modificada posteriormente mediante la Ley n^o 2003-47, de 17 de enero de 2003, *relativa a los salarios, al tiempo de trabajo y al desarrollo del empleo* (Ley *Fillon* II).

Su tenor literal establecía que «(...) un período de guardia localizada se entenderá como un período durante el cual el asalariado, sin estar a disposición permanente e inmediata del empresario, tiene la obligación de encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación al servicio de la empresa, computándose dicha intervención como tiempo de trabajo efectivo», añadiendo, tras la reforma aludida, que «con la excepción de la duración de esa intervención, (...) será descontado de acuerdo con las duraciones mínimas previstas en los artículos L. 220-1 y L-221-4».

Los agentes sociales señalaron que el régimen de guardia localizada vulnera el artículo 2.1 y 5 de la CSE revisada, considerado de manera aislada o en combinación con los artículos 3.1 y 11.1 y 3, en concreto, los derechos a una duración razonable del trabajo, al descanso semanal, a la seguridad e higiene y a la protección a la salud. Especificaron, entre otros aspectos, que «(...) dicho régimen asimila *a posteriori* los períodos de guardia localizada sin intervención a períodos de descanso, deduciendo aquéllos de estos últimos» y que, además, «en la medida en que dicho régimen coloca al asalariado en situación de presión permanente y de fuerte dependencia con respecto a su empleador durante el tiempo de descanso, esta situación sería nociva para el carácter reparador del descanso», situación que no respeta los derechos a la seguridad y la higiene en el trabajo y a la salud, de manera que generará contingencias y perjudicará al asalariado.

⁷¹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Las guardias localizadas 'pueden' computar como 'tiempo de trabajo' (caso Matzak)», Blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21 de febrero de 2018, <http://ignisibeltran.com/2018/02/21/las-guardias-localizadas-pueden-computar-como-tiempo-de-trabajo-caso-matzak/> (última consulta 25/2/2018) y Rojo Torrecilla, E., «La guardia domiciliaria y su posible consideración como tiempo de trabajo. Notas a la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15)», Blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 22 de febrero de 2018, <http://www.eduardojojotorrecilla.es/2018/02/la-guardia-domiciliaria-y-su-posible.html> (última consulta 25/2/2018).

Por el contrario, el Gobierno demandado argumentó la legalidad de la modificación, pues «ha permitido clarificar la situación, (...) precisa la situación del asalariado cuando no es llamado a intervenir durante su período de guardia localizada». Únicamente en ese caso el período de guardia localizada es computado como parte del tiempo de descanso diario y semanal, y, llegado el caso de tener que intervenir, se empieza a contar el tiempo íntegro de descanso a partir del final de su intervención. Este régimen jurídico, a su modo de ver, no es nocivo para el carácter reparador del descanso y, por tanto, para la salud del asalariado, de manera que la única obligación que pesa sobre él es la de «encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación al servicio de la empresa», pero, en ningún caso, permanece, con carácter general, en su lugar de trabajo.

Con estos alegatos, el CEDS examina la situación apuntando desde un inicio la finalidad de las disposiciones de la CSE sobre el tiempo de trabajo, que no es otra que la de proteger de manera eficaz la seguridad y la salud de los trabajadores, en la que se incluye que, «cada trabajador [disfrute] de períodos de descanso suficientes que le permitan recuperarse de la fatiga generada por el trabajo y que revistan un carácter preventivo tendente a reducir los riesgos de atentado a su salud susceptibles de resultar de la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario». Ésta interpretación es la que estará presente cuando se pronuncie sobre la conformidad de la normativa francesa con el Tratado.

Atendiendo a ello, el CEDS resuelve en los siguientes términos:

a) Los períodos de guardia localizada durante los que el asalariado no es llamado a intervenir al servicio del empleador, «aunque no constituyan un tiempo de trabajo efectivo, no obstante, no pueden ser, sin límite alguno, asimilados a un tiempo de descanso en el sentido del artículo 2 de la Carta, salvo en el marco de profesiones concretas o en circunstancias

particulares, y de acuerdo con mecanismos apropiados».

b) Estos son, efectivamente, períodos durante los que el asalariado ha de estar a disposición de su empleador para cumplir, si este último le requiere, una prestación laboral. Así las cosas, dicha obligación, «por más que la realización de la prestación presente un carácter meramente eventual, impide incontestablemente al asalariado que pueda dedicarse a otras actividades de su libre elección, programadas dentro de los límites del tiempo disponible antes de ponerse a trabajar en un término preciso y sin que se vea sometido al azar en el ejercicio de la actividad asalariada o en la situación de dependencia que con aquella obligación se genera».

c) La ausencia de trabajo efectivo, constatada con posterioridad respecto a un período de tiempo en el que el asalariado no ha disfrutado *a priori* de su libre disposición, no constituye, por lo tanto, un criterio suficiente de su asimilación a descanso.

En suma, el CEDS resuelve que «la asimilación de los períodos de guardia localizada al tiempo de descanso constituye una violación del derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo prevista por el artículo 2.1 de la Carta revisada», y, de efectuarse en domingo, «existe igualmente una violación del artículo 2.5 de la Carta revisada».

Esta jurisprudencia ha sido reproducida en la decisión de fondo de 23 de junio de 2010, que tiene también su origen en la Reclamación n.º 55/2009 de la *Confédération Générale du travail, CGT* contra Francia. En ella, el sindicato señaló que se había adoptado la Ley de 20 de agosto de 2008 de *renovación de la democracia social y reforma del tiempo de trabajo*, y en relación a esta situación conflictiva, a pesar de que se constató, con las decisiones de fondo anteriores, que se producía una violación de, entre otros, el art. 2.1 de la CSE, no se había procedido a modificar su régimen jurídico.

El Gobierno, en su defensa, continuó con su línea argumentativa, en suma, que no po-

día ser equiparado a tiempo de trabajo porque el trabajador puede dedicarse a sus tareas y actividades personales, reforzando su postura en este caso, con la primera de las sentencias del TJUE examinadas en el apartado anterior, así como su implicación en proporcionar una solución con medidas adicionales destinadas a que ese período de guardia no pueda ser ubicado en períodos de descanso obligatorio (Circular DRT 2000-03 de 3 de marzo de 2000 *relativa a la reducción negociada del tiempo de trabajo*) o la atribución de una compensación económica.

Ninguno de los argumentos es acogido, manteniendo el CEDS la interpretación ya pronunciada en las dos decisiones de fondo anteriores.

Como se ha apuntado, en el año 2017 se ha recurrido otra vez a este órgano, a causa de la reciente reforma realizada en la normativa reguladora que ha obviado estas decisiones de fondo y, pese a haber modificado el régimen jurídico de la jornada de trabajo, incluido este período, en lugar de observar los pronunciamientos que la obligan a suprimir o modificar las vulneraciones comunicadas, se ha limitado a cuestiones mínimas⁷². Como señalan los demandantes, la supresión en el precepto de la referencia literal en cuanto a «la obligación de permanecer en el domicilio o en la zona» no reduce las obligaciones que tiene el trabajador y, con ello, la libertad para organizar su vida social y familiar, aspecto que ya había sido caracterizado por la *Cour de Cassation*, en sentencias como las de 2 y 16 de marzo de 2016 (n^o 14-14919 y 14-27971), en las que se caracterizó la existencia de este período teniendo en cuenta el requisito de estar localizable y en disposición de intervenir

⁷² Véase *supra* apartado 2.1 que se analizan las respuestas del CEDS a los argumentos gubernamentales que justifican una normativa atendiendo a que es conforme al derecho de la UE y la ausencia de presunción de conformidad. Véase también LAULOM, S., «L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail: à propos des décisions du comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010», *Revue de droit du travail*, 2011, pp. 298 y ss.

de forma inmediata, con independencia de si se estaba en el domicilio o alrededores⁷³. Muy relevante en este sentido ha sido también la sentencia que el mismo órgano emitió el 8 de septiembre de 2016 (14-23714) en relación al supuesto de un trabajador (médico residente) que debía permanecer en un alojamiento puesto a disposición por el empresario muy próximo al lugar de trabajo, planteándose si la permanencia en el mismo era tiempo de trabajo o *astreinte*. El tribunal resolvió que no todo el tiempo que esté en el mismo es *astreinte* sino que puede ser calificado como tiempo de trabajo efectivo, teniendo que examinar la posibilidad o no de dedicarse a su vida personal, no siendo determinante y automático que el lugar dónde se habita haya sido puesto a disposición por el empresario y sea un anexo al lugar de trabajo⁷⁴.

Destacan también que el funcionamiento real de este período, además de generalizado, otorga al empresario un amplio margen de concreción, ya que no hay prevista ninguna restricción, pues, si bien la aplicación concreta corresponde a un convenio colectivo, es perfectamente posible la decisión unilateral del empresario, no pudiendo el trabajador negarse.

El 15 de diciembre de 2017 el Gobierno francés presentó argumentos en contra, que gi-

⁷³ La doctrina ya había avanzado que esta expresión, dados los avances tecnológicos, debía revisarse por la conflictividad que genera desde el momento en que es posible intervenir y desempeñar la actividad a distancia. Véase, BARTHÉLEMY, J., «Astreintes. Soumission non systématique. Possibilité de l'employeur de la remettre en cause dans le cadre de son pouvoir de direction (oui)», *Droit Social*, 2010, n^o 11, pp. 1111 y 1112.

⁷⁴ Como se ha subrayado, la relevancia de esta decisión radica en que establece que un alojamiento *de fonction* puesto a disposición de un trabajador puede ser perfectamente considerado como domicilio o, en todo caso, un lugar exterior al del trabajo, incluso si el trabajador conserva su domicilio anterior. Ello es así, debido a la situación se ha presentado debido a la lejanía del domicilio de trabajo y porque el ofrecido presenta las características de permitir al trabajador dedicarse a sus ocupaciones personales. Por ello, se acaba caracterizando el tiempo que está allí como *astreinte*. VÉRICEL, M., «Notion d'astreinte: astreintes mises en place par les salariés eux-mêmes - astreintes effectuées dans un logement de fonction», *Revue du droit du travail*, 2017, n^o 2, p. 3.

ran en torno a la inexistencia de incumplimiento del art. 2 de la CSE. En este sentido, como principio general, explica que, en la normativa, *les astreintes* no están asimiladas al tiempo de descanso puesto que su regulación se encuadra en disposiciones muy estrictas de derecho interno, aspecto que se evidencia en que, en primer lugar, su ámbito de aplicación es limitado, de manera que si el trabajador debe estar en su lugar de trabajo o dependencia empresarial ya no se está en presencia de esta situación sino de trabajo efectivo, siguiendo las interpretaciones que, en ese sentido, ha emitido la jurisprudencia, en el sentido que se erige en criterio fundamental el hecho de poder ocuparse a sus asuntos personales.

En segundo lugar, subraya que su puesta en práctica está supervisada por el nivel convencional de forma que, en su ausencia, aunque el empresario tiene esa competencia, está controlado al tener que comunicarlo con posterioridad a los representantes de los trabajadores y la inspección de trabajo, no imponiéndose al trabajador.

En tercer lugar, no hay infracción de las reglas en materia de descanso diario y semanal desde el momento en que no es posible tener a un trabajador continuamente en situación de disponibilidad, pues, de haber sucedido, los tribunales lo han recalificado como tiempo de trabajo. Además, en caso de intervenir, su cómputo comienza una vez finalizada, y que, a mayor abundamiento, se han emitido circulares internas en las administraciones públicas determinando reglas dirigidas a evitar su abuso⁷⁵.

En cuarto lugar, que se ha arbitrado la correspondiente compensación y, en quinto y último lugar, que la posibilidad de que el mismo

coincida con un domingo es una situación excepcional ante situaciones de urgencia imprevisibles.

Con estos argumentos, se afirma la conformidad de la regulación actual con el Tratado con base en el control existente de la misma, en suma, la no existencia de perjuicio para el trabajador. Esta valoración positiva no es compartida por gran parte de la doctrina, que, contrariamente a ello, han destacado que la reforma, además de no acoger la interpretación del CEDS, es claramente regresiva para el trabajador al demostrar que, dependiendo de cuándo se concrete ese período, su duración y frecuencia se puede llegar a prácticamente anular el período de descanso de un trabajador, más incluso tras la habilitación al empresario, en defecto de convenio colectivo⁷⁶.

Mientras se prosiga si corregir o derogar la normativa, a falta de esta decisión de fondo que, por coherencia, el CEDS debería resolver en los mismos términos, la solución pasa por la invocación del Tratado directamente ante las instancias judiciales francesas, cada vez más favorables, pues claramente la interpretación es más protectora que la del TJUE, como así ha efectuada una sentencia de la primera instancia española⁷⁷.

2.2.2. *Derechos sociales versus medidas de austeridad*

A. La aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global: los derechos humanos y sus garantías *de facto et de iure*

El supuesto por excelencia que ha revelado la falta de sinergias y tensiones entre las dos organizaciones europeas ha sido la valoración

⁷⁵ Véase en este sentido, a modo de ejemplo, la Circular de 31 de marzo de 2017, relativa à *l'application des règles en matière de temps de travail dans les trois versants de la fonction publique*, respecto de la que se ha de señalar su escasa concreción dado que se limita a señalar que se proceda a una evaluación regular, por lo que se refiere a su necesidad, organización concreta y, llegado el caso, las modalidades de compensación, respetando los derechos de los implicados.

⁷⁶ Véase en este sentido los ejemplos que así lo evidencian de JOHANSSON, A., «Astreintes: organisation et lieu d'exécution après la loi «Travail» et à la lumière du droit européen», *Droit ouvrier*, 2017, nº 824, pp. 154 a 158.

⁷⁷ Véase *infra* apartado 2.1.

de las medidas de austeridad que han adoptado los países, principalmente desde que se inició la crisis. La discrepancia ha sido y es patente, lógica desde el momento en que la UE ha realizado toda una labor dirigida a que los Estados miembros limiten o supriman derechos, mientras que el CEDS, admitiendo que se pueden acordar medidas en ese sentido, considera que, al menos, se ha de garantizar un mínimo, indisponible.

La adjudicación de los préstamos bilaterales o ayudas de estabilidad, combinadas con una ayuda multilateral del Fondo Monetario Internacional, han estado supeditados desde un principio, y en ello continúan, al cumplimiento de todo un conjunto de medidas, y consiguientes modificaciones normativas, de tipo fiscal, laboral, mercantil, etc., de marcado carácter restrictivo, impuestas por la agrupación gestora de las mismas (la *troika*).

El ejemplo por antonomasia es Grecia, aunque no el único, país en el que centraré prioritariamente el análisis por ser el que mejor muestra esta confrontación y sobre el que más decisiones de fondo se han emitido al respecto, al tener ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas, complementadas por las correspondientes conclusiones periódicas, las últimas publicadas el 4 de abril de 2018, más tarde y de forma separada, pues el Gobierno presentó el informe fuera de plazo⁷⁸.

Su crítica situación ha derivado en la concesión de tres rescates financieros, el último en el año 2015, no descartándose un cuarto. Los *memorándum* de entendimiento han exigido la adopción de paquetes de medidas que han afectado al sistema de negociación salarial, la reducción de la retribución de las horas extraordinarias, mayor flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo, nueva norma-

tiva sobre salarios mínimos, reducción de las indemnizaciones por despido, supresión de las pagas extras, recorte de las pensiones más elevadas así como la congelación de las inferiores, reforma de la legislación de protección del empleo, ampliación del período de prueba en los nuevos contratos así como todo un conjunto de considerables reformas del sistema de pensiones.

En su cumplimiento, el Gobierno comenzó a aprobar y/o modificar a partir de 2008 la normativa vigente, es decir, hay una correlación entre el contenido de las pretensiones comunitarias y las consiguientes normas aprobadas y/o modificadas, en las que se obvia cualquier referencia a los derechos previamente reconocidos en la propia normativa comunitaria y, mucho menos, a los de otros textos internacionales, entre otros, convenios de la OIT, la ONU o del Consejo de Europa.

Como consecuencia del control que realiza el CEDS, por el procedimiento de informes o de reclamaciones colectivas, ha debido necesariamente de pronunciarse, no directamente, puesto que no realiza una supervisión de las políticas o medidas de otras organizaciones internacionales, sí de forma indirecta, desde el momento en que éstas se han materializado en normativa o práctica a nivel nacional.

En los pronunciamientos, se puede distinguir entre los realizados con carácter general, como Introducción general u observaciones interpretativas, con ocasión de la emisión de las Conclusiones correspondientes a un período y grupo concreto de preceptos, de los específicos, al solicitar su valoración expresa en una reclamación colectiva o tras la presentación del correspondiente informe anual. En este sentido, las más conocidas y que han tenido más repercusión son las del año 2012 en el escenario de la crisis griega, a las que realizaré una breve referencia puesto que forman parte de todo un conjunto de pronunciamientos previos y posteriores a las mismas, muy relevantes y que, lamentablemente, no son tan conocidos.

⁷⁸ El resultado es de 5 conclusiones de no conformidad, 4 de conformidad y 8 son aplazadas, solicitando información adicional. Pueden consultarse en este enlace file:///D:/Downloads/CR_XXI-2_GRC_FRE.pdf, último acceso 6/4/2018. Este país, junto Islandia y Luxemburgo, son las que restaban por emitir.

Incluida en los primeros, debe ser objeto de referencia, en primer lugar, la relevante *Introducción general* que se emitió junto a las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre *la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global*, que ha pasado a convertirse en un principio general que prácticamente es reproducido en toda la jurisprudencia posterior⁷⁹.

Así, es categórico al determinar que «si el aumento del paro pone en peligro los sistemas de Seguridad Social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos por la fiscalidad y de las cotizaciones a la Seguridad Social disminuyen, las Partes, al suscribir la Carta Social Europea (...) han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la asistencia social y médica y el derecho a los servicios sociales», concluyendo que «la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta (...); los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más (...)».

Añade que «(...) lo que vale en materia de derecho a la salud y a la protección social no vale menos en materia de derecho del trabajo; (...) si la crisis puede legítimamente conducir, en unos u otros ámbitos, a reorganizar los dispositivos normativos y las prácticas vigentes con vista a limitar algunos costes para los presupuestos públicos o a aligerar las cargas que pesan sobre las empresas, semejante reorganización no debería traducirse en una precarización excesiva de los beneficiarios de los derechos reconocidos por la Carta. (...) Una

mayor flexibilidad en el trabajo para luchar contra el desempleo no puede conducir a privar a amplias categorías de asalariados, singularmente quienes ya no son titulares desde hace mucho tiempo de empleos estables, de sus derechos fundamentales en materia laboral, contra la arbitrariedad del empleador o los avatares de la coyuntura. Es precisamente a la instauración y al mantenimiento de tales derechos, en los dos ámbitos mencionados, a los que tienden justamente las disposiciones de la Carta. Renunciar a tales garantías tendría, a mayor abundamiento, no solamente como efecto el hacer recaer sobre los asalariados indebidamente una parte excesiva de las consecuencias de la crisis, sino incluso aceptar efectos pro-cíclicos susceptibles de agravar la crisis y de aumentar la carga de los regímenes sociales, en particular los asistenciales, a menos que ello no suponga compensar las pérdidas de recursos vinculadas al retroceso de las actividades, lo cual comportaría un atentado a las obligaciones de la Carta en materia de protección social».

En el momento en que se emitieron no adquirieron la relevancia que se deriva de su contenido, debido probablemente a su inclusión en un apartado introductorio. Fue, con posterioridad, tras su reiteración y traslación a la fundamentación jurídica de las decisiones de fondo, donde alcanzaron carta de naturaleza, directriz que ha continuado en todas las subsiguientes.

Brevemente haré referencia a las primeras decisiones de fondo emitidas, sobradamente conocidas, dedicando principalmente este apartado a la última publicada, que ha sido mucho menos estudiada. En este sentido, gran repercusión nacional e internacional tuvieron las pronunciadas el 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones n° 65/2011 y n° 66/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY), en las que se resolvió la existencia de numerosas violaciones de la CSE, en particular de los arts. 4.4 (por no

⁷⁹ NIVARD, C., «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques...» *op. cit.*, p. 1.

establecer, en virtud del art. 17.5 de la Ley 3899/2010 un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo, así como por la fijación de una duración del período de prueba de un año, no estimándose que es razonable atendiendo a una interpretación del mismo puesto que, lógicamente, un período de una duración tan larga en realidad está permitiendo a un empresario celebrar, de forma encubierta, un contrato temporal sin tener que fundamentarlo en una causa, permitiendo que se pueda dar finalizado sin observan ninguna formalidad durante el primer año) y 10.2, 12.3 y 4.1 de la CSE (por no regular en el contrato de aprendizaje, cuestiones relativas a la formación teórica y práctica o a la selección de los aprendices, por establecer respecto de este colectivo un sistema de protección social muy limitado y por fijar un salario para ellos por debajo del umbral de pobreza).

Meses más tarde, siguiendo la línea interpretativa apuntada, se le unieron las decisiones de fondo de 7 de diciembre de 2012. El CEDS, en la resolución de las Reclamaciones n^o 76, 77, 78, 79 y 80, presentadas por la Federación de pensionistas de Grecia (IKA-ETAM), la Federación Panhelénica de pensionistas de servicios públicos (POPS), el Sindicato de pensionistas del ferrocarril (ISAP), la Federación Panhelénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad (POS-DEI), el Sindicato de pensionistas de la banca agrícola (ATE), la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY), entró a valorar las reformas en materia de pensiones, materia muy relevante desde el momento que la gran mayoría de países, en mayor o menor medida, las están realizando.

En este sentido, admite que «(...) una evolución restrictiva de un sistema de Seguridad Social no supone determinar automáticamente que es contrario al art. 12.3 de la CSE», y que, para la determinación de la compatibilidad o no se han de valorar una serie de cri-

terios, en concreto, el contenido de las modificaciones (campo de aplicación, duración, condiciones de acceso a las prestaciones), los motivos y el marco de la política social y económica en que aquellas se encuadran así como su relevancia (categoría y número de personas afectadas, cuantía de las prestaciones después de la modificación), la necesidad de la reforma y su adecuación a la situación que la origina (fines perseguidos), la existencia de instrumentos de asistencia social destinados a las personas destinatarias de las modificaciones o los resultados obtenidos por esas modificaciones (Conclusiones XIV-1)».

Trasladadas estas premisas al conflicto de las reclamaciones apuntadas, concluye que el conjunto de gran parte de ellas conduce a una «(...) degradación significativa del nivel de vida y condiciones de vida de los pensionistas (...)», así como el riesgo de empobrecer de forma considerable a la mayoría de la población⁸⁰, no pudiendo valorar, para resolver en otro sentido, la situación de crisis del país o que el origen de las medidas está en las obligaciones dictadas por la *troika*, puesto que los responsables gubernamentales deberían haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad.

En resumen, el efecto acumulado y de hecho de todas las medidas restrictivas contenidas en las normas contra las que se interpuso la reclamación constituyen una violación del art. 12.3 de la CSE.

Estas siete decisiones de fondo son las más conocidas porque mostraron la obvia divergencia de enfoque entre el Consejo de Europa, destaco que por medio del CEDS, y la UE, a la vez que sentaron un precedente en orden a

⁸⁰ Así lo habían advertido la OIT (*Observations sur la mise en oeuvre de la Convention n^o 102 de la OIT para la Grèce, 29e Rapport annuel 2011*) y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (Resolución 1884, 26/06/2012. *Mesures d'austérité – un danger pour la démocratie et les droits sociaux*).

cómo el primero procedería a valorar periódicamente, además de a través de las correspondientes reclamaciones colectivas.

Y así ha sido, en mayor o menor medida⁸¹, cómo lo muestra, con anterioridad a las últimas referenciadas, la decisión de fondo de 12 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 73/2011, *Syndicat de défense des fonctionnaires* contra Francia), en la que se sometieron a enjuiciamiento las políticas de reorganización de los servicios públicos, en concreto las del servicio de correos y telefonía, resolviendo la no existencia de discriminación en cuanto a la privación de algunos derechos, no porque la misma, tras su establecimiento no lo produjera, sino porque la intervención estaba corrigiendo tras su presentación, las consecuencias claramente discriminatorias y desfavorables para los trabajadores, admitiendo el CEDS como medio idóneo «para satisfacer las obligaciones jurídicas internacionales asumidas por las Partes Contratantes (...)»⁸².

Con posterioridad, muy relevantes son las tres decisiones de fondo por reclamaciones presentadas por la *Finnish Society of Social Rights* contra Finlandia el 9 de septiembre de 2014 (nº 88/2012) y el 8 de septiembre de 2016 (nº 106 y nº 108). En la primera y en la tercera, se condenó la violación del apartado primero de los arts. 12 y 13 por el carácter insuficientes de sus prestaciones de enfermedad, el subsidio de desempleo, la pensión de garantía así como de diversas prestaciones de asistencia social y ayuda para la inserción en el mercado laboral⁸³. Por lo que se refiere a la segunda, abordó una de los aspectos que más interés tiene en este momento, las indemnizaciones por despido, debido a las continuas reformas que se están realizando específicamente. En el

supuesto planteado, el país fue condenado por violación del art. 24 de la CSE al entender que la reforma que se había realizado había dejado su régimen jurídico de forma que no era suficientemente disuasoria, además de que no integraba el perjuicio ocasionado por el despido, tal y como el precepto exige⁸⁴.

Subrayo la relevancia de esta decisión puesto que, tras haberse adoptado en Francia una modificación similar a finales del año pasado por la Ley nº 2017-1340, de 15 de septiembre de 2017, que habilita, entre otras, a la *Ordonnance* nº 2017-1387 de 22 septiembre de 2017, *relativa a la previsibilidad y la seguridad de las relaciones de trabajo a adoptar medidas para reforzar el diálogo social*, la *Confédération générale du travail Force ouvrière (CGT-FO)* la ha impugnado presentando la reclamación nº 160/2018, el 12 de marzo, para que se pronuncie, de nuevo, y con el mismo criterio interpretativo precedente. Merece favorable acogida que, la existencia de una decisión de fondo previa exactamente sobre esta cuestión, la doctrina laboralista y los agentes sociales han denunciado la existencia de violación del Tratado desde su trámite parlamentario, y, si bien, no se ha impedido su aprobación, además de la actuación aludida, se ha instado a la sociedad a la invocación del control de convencionalidad con la finalidad de paralizar sus efectos ante la jurisdicción ordinaria, en virtud del art. 55 de la Constitución francesa, que no se tiene que ver impedida por la validación que ha realizado de las normas aludidas el *Conseil Constitutionnel* francés por Decisión nº 2017-751 DC, de 7 de septiembre de 2017 y nº 2018-761 DC, de 21 de marzo de 2018, encargado de verificar únicamente la constitucionalidad de la norma, cuestión diferente⁸⁵.

⁸¹ Véase *supra* nota al pie número 19.

⁸² JIMENA QUESADA, L., «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2012, nº 20, pp. 376 y 377.

⁸³ Véase un estudio pormenorizado en JIMENA QUESADA, L., «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2015», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2015, nº 26, pp. 293 y 294.

⁸⁴ Véase el supuesto analizado de forma más amplia en JIMENA QUESADA, L., «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2016», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016, nº 30, pp. 14 y 15 (extraído de <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/43/38>).

⁸⁵ Sobre el régimen jurídico de esta nueva modalidad de cálculo del despido véase PERCHER, C., «Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la

En Italia, ha sido admitida a trámite el 20 de marzo de 2018, la Reclamación n^o 158/2017 *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL), por la adopción de idéntica forma de calcular el despido que se instauró el Decreto legislativo 23/2015, de 4 de marzo⁸⁶.

B. La decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 23 de marzo de 2017 (Reclamación n^o 111/2014)

El particular interés que suelen tener las decisiones de fondo del CEDS en relación con las reformas y medidas que establece Grecia es lógico pues su origen se sitúa en los *memorándum* impuestos por la UE, que presentan similitudes con los que fija para otros países. Por ello, y por ser menos conocida, realizaré un análisis más amplio de la última pronunciada el 23 de marzo de 2017, hecha pública el 5 de julio de 2017, en concreto, suscitada por la reclamación que presentó la *Confédération générale grecque du travail* (GSEE) n^o 111/2014, frente a leyes promulgadas en el período entre 2010-2014, requeridas por el segundo rescate, al considerar que son incompatibles con los arts. 1, 2, 4 y 7 de la CSE y 3 del Protocolo adicional de 1988 (en ese momento estaba pendiente la ratificación de

Charte Sociale Européenne révisée», *Revue de droit du travail*, 2017, n^o 11, pp. 1 a 5 y -MOULY, J., «Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure por la «reforme Macron», *Droit Social*, 2017, n^o 9, pp. 1 a 9. El Consejo de Estado rechazó el 25 de octubre de 2017 (n^o. 415019) la demanda de suspensión de efectos interpuesta el 13 de octubre de 2017, y en los mismos términos se pronunció el 7 de diciembre de 2017 (n^o 415243) respecto de la demanda interpuesta por la CGT, en la que se le invoca la violación del Tratado.

⁸⁶ Véase en <https://rm.coe.int/complaint-158-2017-cgilv-italy/1680761627> (última consulta 18/2/2018). Como advierte la doctrina, con esta reforma el despido se convierte en una opción simple, sencilla para el empresario, que le abre una amplia vía para ejercer su poder disciplinario, en el único riesgo que tiene es el de pagar una indemnización reducida. López de la Fuente, G., «La reforma laboral italiana: un comentario tras las modificaciones esenciales introducidas por el «Jobs Act», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2017, n^o 22, pp.13 y 14.

la versión revisada, que se efectuó el 18 de marzo de 2016).

a) *La intervención de la Comisión Europea durante la sustanciación del procedimiento*

En la decisión de fondo que se examina, a diferencia de las otras emitidas, la UE participó durante el procedimiento, en virtud del art. 7 del Protocolo regulador, en concreto a través de la Comisión, presentando, unas observaciones en las que muestra su incondicional respaldo a todas las medidas y, con ello, al Gobierno griego, principalmente con dos argumentos.

Por un lado, destaca que, en este paquete de modificaciones, y en el programa de ajuste que las exige, los derechos sociales han sido objeto de protección, remitiéndose para ello al contenido de la «Evaluación del impacto social» que el Presidente Jean-Claude Juncker determinó como una de las directrices a incluir⁸⁷, junto a cada Programa de apoyo a la estabilidad. Por ello, le resultó factible y sencillo participar, demostrando que esa evaluación pone de relieve cuestiones como la justicia social.

Esta referencia general, la especifica remarcando, además, dos aspectos. En primer lugar, la atención que se ha prestado en la elaboración de los programas de ajuste de la CDFUE así como de la CSE, pero que, debe primar su finalidad, que ha sido la de evitar, entre otros, la salida forzada del euro del país, y, con ello, las consecuencias más perjudiciales en comparación con las que provocan los programas.

Y, en segundo lugar, añade que las categorías más vulnerables han estado presentes en la elaboración, de forma los esfuerzos se reparten de forma igualitaria, concluyendo que la aplicación plena del programa contribuirá

⁸⁷ *Assessment of the Social Impact of the new Stability Support Programme for Greece*, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11502-2015-INIT/en/pdf>.

a que se recupere la estabilidad y la senda del crecimiento económico y socialmente sostenible, satisfaciendo las necesidades y los retos sociales más acuciantes, en particular:

a) La introducción gradual de un régimen de renta mínima garantizada y la prestación de asistencia sanitaria universal.

b) La garantía de que el esfuerzo exigido a cada uno sea proporcional a sus ingresos.

c) La concentración del ahorro en ámbitos que no afecten directamente a los bolsillos de los ciudadanos, como la reducción de los gastos de defensa o la corrección de las ineficiencias en numerosos ámbitos del gasto público.

d) La lucha contra los intereses creados, mediante la eliminación gradual de los tratamientos fiscales favorables para los armadores y los agricultores, o de las múltiples exenciones previstas, por ejemplo, respecto a los tipos del IVA aplicados en algunas islas, o de las subvenciones injustificadas.

e) El fomento del papel de los interlocutores sociales y la modernización del sistema de la negociación colectiva.

f) La lucha contra la corrupción, la evasión fiscal y el trabajo no declarado.

g) El apoyo a una administración pública más transparente y eficiente, mediante el fomento de la independencia de la administración tributaria, la reorganización de los ministerios y la introducción de una mayor vinculación entre la remuneración y las responsabilidades profesionales.

Confirma estos dos aspectos, complementando las menciones al documento aludido con otro que se encargó con posterioridad a un grupo de expertos, compuesto por ocho personas, con el objeto de que fijara las directrices a realizar en la normativa, teniendo presente la normativa internacional. Éste se publicó el 27 de septiembre de 2016, acordando 12 recomendaciones, 8 adoptadas unánimemente y, las cuatro restantes, de forma parcial.

En este sentido, las indicaciones que emitieron fueron principalmente, en materia de despidos colectivos, que se acompañen de un plan social que prevea compensaciones o reconversiones para los trabajadores que se enfrentan a un período de desempleo incierto así como la introducción de medidas dirigidas a la posibilidad de que las empresas puedan realizar reducciones de jornada y así evitarlos, acompañadas de subvenciones en materia de desempleo o del sistema de Seguridad Social, como, por ejemplo, la compensación de las horas que no se trabajan, permitiendo así que, una vez finalizada la crisis, el empleador pueda retomar su actividad con mano de obra experimentada.

En cuanto a los salarios por debajo del mínimo para personas que carecen de experiencia laboral, que sean reemplazados en un plazo de dos años. Respecto a la negociación colectiva, el restablecimiento de la extensión de los convenios colectivos, pues es uno de los pilares fundamentales del modelo social europeo y sólo permitir la inaplicación de los convenios sectoriales en niveles inferiores para supuestos de graves necesidades económicas o financieras, o que, tras la denuncia de un convenio, si carece de referencias sobre las condiciones aplicables, se extenderá durante seis meses. Y, finalmente, en materia de salario mínimo y su fijación, el grupo de expertos discrepa en cuanto a quién atribuir la responsabilidad, primando la opinión de atribuir la competencia al convenio colectivo nacional de efectos *erga omnes*.

Y, por otro lado, el segundo gran fundamento del que se sirve lo extrae del propio Consejo de Europa, en particular del TEDH y la inadmisión de las demandas que ha realizado cuando han versado sobre las mismas materias, que se analizan en un apartado específico de este estudio⁸⁸. Con ello, aprovecha e utiliza a otro organismo de control de la misma institución para objetar y cuestionar al CEDS y las resoluciones emitidas anteriormente.

⁸⁸ Véase *infra* apartado 2.3.2.

b) *La preservación del «orden público» en una sociedad democrática*

Los argumentos que tradicionalmente los gobiernos alegan en su defensa frente al CEDS han girado normalmente en torno a, en primer lugar, la situación de crisis del país, de la que remarcan su carácter coyuntural; en segundo lugar, la necesidad de observar las «recomendaciones» o sentencias que tienen su origen en instancias comunitarias, y, en tercer y último lugar, de carácter novedoso y, por ello se analizará en este apartado, la admisibilidad de la limitación o restricción de los derechos por la preservación del orden público nacional en una sociedad democrática, que la propia CSE permite en el art. 31 (G de la versión revisada, relativo a las Restricciones), es decir, se admite que la situación que describe el demandante es cierta pero que es necesaria y posible con fundamento en la autorización que el propio texto permite en circunstancias excepcionales.

Se ha de mencionar que, en el supuesto planteado, la defensa expresa en ese precepto, así como en el art. 30 de la CSE (suspensión de obligaciones en caso de guerra o de peligro público), es invocada por la UE y la Organización Internacional de Empresarios, no por el Gobierno, que no los referencia, pero se deduce que lo hace tácitamente del segundo al utilizar en los argumentos el término «restricciones».

En la decisión sobre la admisibilidad, el CEDS advierte desde un principio que esos artículos, por sí solos, no pueden ser objeto de examen sino van acompañados de alguno de fondo. Por lo que se refiere al contenido, descarta de forma rápida el art. 30, que, como se ha apuntado, prevé la posibilidad de suspender las obligaciones de la CSE en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, siempre que se observen unos requisitos, en concreto, que dichas medidas sean estrictamente proporcionales a la gravedad de la situación, que no estén en contradicción con el resto de las obligaciones

dimanantes del derecho internacional y que se informe al Secretario General del Consejo de Europa, dentro de un plazo razonable, sobre las medidas adoptadas, los motivos que las hayan inspirado y las fecha en la que dejen de surtir efectos. Si las autoridades griegas no han observado el trámite requerido es lógico que se excluya la aplicación al supuesto.

Por lo que se refiere al art. 31, su tenor literal legítima que, si bien los derechos y obligaciones de la Parte I de la CSE, una vez llevados a la práctica y ejercidos efectivamente como requiere la Parte II, no pueden ser objeto de restricciones o limitaciones, añade la excepcionalidad siempre que:

a) Estén establecidas por la ley.

b) 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.

c) Se apliquen para la finalidad que se han previsto.

El CEDS procede a verificar si estos se formalizaron, tras comprobar que los diferentes sujetos intervinientes en el procedimiento reconocen la existencia de la afectación a los derechos por las medidas introducidas, centrándose la controversia, por esta razón, en su carácter justificado o no.

Para su valoración, informa que, en virtud de las graves consecuencias que producen principalmente para los grupos más vulnerables de la sociedad, sólo se van a admitir «(...) en circunstancias extremas, debiendo ser interpretadas estrictamente (...)», es decir, tienen que tener respetar los requisitos apuntados, que clarifica en el sentido de que precisan:

a) Tener una base jurídica clara, es decir aprobadas por un poder legislativo democrático.

b) Perseguir uno de los fines legítimos que recoge el apartado 1 del art. 31.

c) Ser necesarias en una sociedad democrática, es decir, adoptarse para responder a una imperiosa necesidad de la sociedad.

Tras su examen en la controversia, la principal cuestión a analizar es si la finalidad de «proteger el orden público» puede ser alegada como razonamiento que legitime los incumplimientos⁸⁹, cuando se producen por exigencias de otras instituciones, como contraprestación a la ayuda que se le ha proporcionado.

La definición y delimitación corresponde al poder legislativo, que tiene un margen pero, en ningún caso, total libertad, teniendo que conciliarlo con las obligaciones adquiridas por el derecho internacional público, entre las que se insertan, el ámbito de lo que se considera orden público, que incluye garantizar un nivel de protección suficiente a los ciudadanos destinado a responder a sus necesidades sociales básicas.

Por ello, el CEDS le recuerda que, además de no tener total autonomía el poder legislativo, menos pueden dejar a otras instituciones internacionales que les determine el concepto de «orden público», por mucho que éstas les apremien. En su implantación, es necesario que se adapten al objetivo perseguido, no vayan más allá de éste y, en todo caso, siempre se mantenga un nivel de protección suficiente.

Con esta regla general, desciende en las medidas concretas, y considera que la grave crisis económica del país y la alta tasa de desempleo representan una necesidad social imperiosa que podría legitimar la adopción de medidas que tengan por efecto restringir o limitar los derechos sociales garantizados

⁸⁹ La doctrina ha apuntado que la delimitación de esta expresión ha generado divergencias originadas en su mayoría por el diferente significado de la versión inglesa o francesa de los términos. Así en inglés «the public interest» es traducido en francés «pour protéger l'ordre public», y es ésta la que ha derivado en que se presente como alegación. Puede verse el análisis pormenorizado en KOUKIADAKI, A., «Article C», en AA.VV. (ed. BRUUN, N., LÖRCHER, K., SHÖMANN, I. and CLAUWAERT, S.), *The European Social Charter and the Employment Relation*, Oxford, 2017, Hart Publishing, pp. 88 a 90.

por la CSE, «(...) a condición de que (...) puedan ser observadas como las más adaptadas para responder a las dificultades encontradas y las menos vinculantes para los derechos de los trabajadores». Visto que el Gobierno no ha suministrado información que demuestre la confección de «un análisis profundo y objetivo» que evidencie los efectos posibles de las medidas legislativas, principalmente su impacto en los más vulnerables, ni se les ha efectuado una verdadera consulta, el CEDS resuelve la inaplicabilidad de la excepcionalidad del art. 31 de la CSE puesto que no se ha realizado ninguna reflexión en cuando a la posibilidad de adoptar otras medidas en su lugar.

En suma, si bien en un principio las reformas legislativas podían ser admitidas considerando que perseguían un objetivo legítimo, no se ha conseguido encontrar, entre las informaciones que se le han suministrado, suficientes elementos susceptibles de justificar las restricciones a los derechos garantizados por la CSE como proporcionales y conformes al art. 31, añadiendo, además, que según los datos estadísticos no han alcanzado los fines perseguidos, es decir, no se ha mejorado la situación del empleo, con lo que son ineficaces.

Con esta decisión de fondo, nuevamente se manifiesta que la CSE representa un nivel de protección más elevado que la UE en materia de derechos sociales y su mantenimiento y/o afectación en tiempo de crisis. Siguiendo la línea interpretativa que en las páginas anteriores se ha explicado, las reformas y limitaciones de los derechos es posible, pero se debe respetar un mínimo, indisponible.

3. Las divergencias *ad intra* entre los organismos de control del Consejo de Europa

Si en el punto anterior se ha podido comprobar la diferente valoración de los derechos y sus garantías entre las dos organizaciones europeas más importantes, a continuación se procede a mostrar semejante situación dentro

de una ellas, en concreto, el Consejo de Europa y sus dos organismos de control, el CEDS y el TEDH.

Si la situación anterior ha sido objeto de crítica, más se debe ser con ésta, como se evidenciará con dos ejemplos, puesto que debilita su consideración frente al resto de organizaciones, principalmente la UE, a la vez que es utilizada y «aprovechada» por los países para rebatir las resoluciones del CEDS.

2.3.1. *El derecho de huelga del personal de la policía*

A. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de abril 2015 Sindicato Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna*

Si bien la sentencia que va a ser objeto de examen en este apartado es conocida pues los medios de comunicación le dieron difusión, que presenta la particularidad de ser un supuesto de resolución diferente entre los dos órganos encuadrados dentro del Consejo de Europa no lo es, me remito a las explicaciones que se han puesto expuesto en las páginas precedentes.

La materia que fue objeto de demanda por la Junta Rectora del *Ertzainen Nazional Elkartasuna* (ER.N.E.) se centró en el reconocimiento del derecho de huelga para el colectivo de la policía del País Vasco con base en los arts. 11 (libertad de reunión y de asociación) y 14 (prohibición de discriminación) del CEDH. Su origen se sitúa en los conflictos durante la negociación del nuevo convenio colectivo y la solicitud de unas condiciones de trabajo específicas (entre otras, aumento de número de vehículos blindados, de chalecos anti balas o el respeto de unos protocolos de seguridad)⁹⁰.

⁹⁰ Un estudio de las principales sentencias emitidas por este organismo en las que admite las restricciones a colectivos del empleo público en MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N., «Derecho de huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea)», en

Ante el fracaso de las mismas, se solicitó autorización para organizar una huelga que fue denegada en vía administrativa y judicial con fundamento en el art. 6.8 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, que expresamente determina que «los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no podrán ejercer, en ningún caso, el derecho de huelga, ni acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios», y las limitaciones que legitima el art. 28.1 de la CE.

En la demanda presentada, además de los preceptos del CEDH, se señalaron como textos aplicables al supuesto, en primer lugar, el art. 5 de la CSE, por el que las Partes Contratantes se comprometen, a que la legislación nacional no menoscabe la libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales, y, en complemento, en segundo lugar, la Recomendación del Comité de Ministros sobre *el Código Europeo de Ética de la Policía*, adoptado el 19 de septiembre de 2001 (Rec (2001)10), que en el apartado a los derechos, señala que el personal de policía debe «(...) beneficiarse, como funcionarios, de una serie de derechos sociales y económicos tan amplia como sea posible. (...) En particular, del derecho sindical o de participar en instancias representativas, del derecho a percibir una remuneración apropiada, del derecho a una cobertura social y de medidas específicas de protección de la salud y de la seguridad teniendo en cuenta el carácter especial del trabajo de la policía». El Comentario del precepto realizado, anexo al documento, reenvía su contenido al precepto de la CSE aludido, como «instrumento complementario (...)» y que ofrece, en el caso de la policía una interpretación especial del derecho a sindicarse,

AA.VV. (Dir, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, 2017, Comares, pp. 533 a 543.

dejando, a este respecto, un margen de apreciación a los Estados. Sin embargo, según la jurisprudencia referente a la Carta, aunque no se trata de otorgar a la policía un derecho ilimitado para sindicarse, no se puede, sin violar la Carta, prohibir a los funcionarios de policía que funden sus propias organizaciones representativas. El Derecho interno podrá considerar organizaciones compuestas únicamente por policías, como es el caso en algunos Estados miembros. Ahora bien, la prohibición total del derecho de huelga de la policía no es contraria a la Carta y a la jurisprudencia relativa a la misma, y la presente Recomendación no va más allá».

En el enjuiciamiento de la cuestión el TEDH no titubeó al emitir el pronunciamiento el 21 de abril de 2015 (demanda nº 45829/09)⁹¹, la reivindicación no es valorada, al considerar que la limitación establecida puede enmarcarse en las permitidas en el apartado segundo del art. 11, que expresamente permite las restricciones a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado siempre que cumplan tres requisitos:

- a) Que esté prevista por ley.
- b) Que persiga uno o varios fines legítimos.
- c) Que sea una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.

Trasladados al caso a efectos de su verificación en cuanto al art. 11, se resuelve que, en cuanto al primero, hay una base legal, cla-

ra y previsible, aplicable tanto a los colectivos de carácter civil como armado.

Por lo que se refiere al segundo, la defensa del orden es un fin legítimo, de forma que la interrupción de las actividades en caso de huelga podría derivar en consecuencias relevantes.

Por último, en cuanto al tercero, se atiende a que la prohibición no se efectúa de todos los funcionarios públicos sino de este colectivo, caracterizado por prestar un servicio que exige ser ininterrumpido, necesario de cualquier sociedad democrática que tiene que «preservar los intereses generales del Estado y, en particular, de garantizar la seguridad nacional, la seguridad pública y la defensa del orden».

Por derivación, tampoco se acoge la posible violación del art. 14 del CEDH, al considerar que se trata de una distinción objetiva, justificada y razonable.

La sentencia ha sido objeto de atención por la doctrina, no tanto cuestionándola, que suele admitir la prohibición⁹², sino en aspectos relativos a la técnica empleada para la configuración del ejercicio y las limitaciones del derecho de huelga, subrayando que «(...) el activismo evolutivo es mayor en el TEDH

⁹² Se posiciona BARCELONA LLOP de forma clara: «(...) los policías no puedan ejercer el derecho de huelga, aunque al estar la prohibición únicamente establecida por la ley (...) pueda ser problemática en términos constitucionales, por muy justificada que esté materialmente (...) no considero necesario rectificar la absoluta prohibición (...)». En «Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas», documento de trabajo, 2006, nº 103, http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-kOEUDe.pdf, pp. 52 a 55. Véase también del mismo autor «Los derechos colectivos en el ámbito de la policía local: libertad sindical, huelga y negociación colectiva», texto provisional de la intervención en el Seminari sobre relacions col·lectives, 2008 (noviembre), http://cematic.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Barcelona_Javier_derechos_colectivos_policia.pdf, última consulta de las dos referencias 28/3/2018) pp. 20 y 21, que confirma su interpretación favorable en este sentido si bien plantea la posibilidad de compensarla de alguna forma y que tenga reflejo en el sistema retributivo.

⁹¹ SALAS PORRAS, «La libertad de asociación sindical y el derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del TEDH de 21 de abril de 2015, asunto «Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartzuna» (ER.N.E.) c. España», demanda núm. 45829/2009», *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2016, nº 399, p. 208.

que en Tribunal Constitucional [español] –o francés–»

B. La decisión de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales de 2 de diciembre de 2013 (Reclamación n^o 83/2012)

Previamente al pronunciamiento anterior y menos conocido, el CEDS se había pronunciado sobre este mismo asunto, debiendo censurar la ausencia de referencia al mismo por parte del TEDH y no en menos medida la escasa atención realizada a una resolución tan importante que perfectamente puede ser trasladada e invocada en nuestro país, frente a las instituciones públicas y en vía judicial, desde el momento en que los preceptos interpretados son el 5, 6 y 21 de la CSE, ratificados y que, en consecuencia, son fuente del ordenamiento jurídico.

En concreto, se trata de la decisión de fondo de 2 de diciembre de 2013, *Confédération européenne de Police (EuroCOP)* contra Irlanda, Reclamación colectiva n^o 83/2012, en la que las cuestiones controvertidas versaron sobre la violación de los derechos de libertad sindical, de negociación colectiva y de ejercer el derecho de huelga de los miembros de los servicios de policía (*Garda Síochána*). Limitándose en este apartado a este última, es muy interesante el análisis pues considero que es un ejemplo de la adaptación a la evolución de los derechos y sus normas reguladoras, en suma y como ya se explicó con anterioridad, que la CSE es un instrumento jurídico vivo.

El art. 6.4 de la CSE determina que las Partes se comprometen, con el objetivo de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la negociación colectiva, a que los trabajadores y trabajadoras puedan emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, precisando en el Anexo al Tratado que «se entiende que cada Parte podrá regular, en lo que a ella concierne, el ejercicio del derecho de huelga por ley, siem-

pre que cualquier otra restricción de ese derecho pueda justificarse conforme a lo establecido en el artículo G de la versión revisada-».

En el examen del supuesto de hecho, el CEDS subraya desde el inicio la relevancia de este derecho como el medio más eficaz, sino el único, para alcanzar un resultado favorable en el marco de un procedimiento de negociación, derivando de ello que, las posibles restricciones, únicamente se admitirán bajo determinadas condiciones. Con esta premisa, repasa la jurisprudencia que ha emitido con anterioridad, en la que ha interpretado la compatibilidad del Tratado con las limitaciones del derecho a algunas categorías de funcionarios, incluidos los miembros de la policía y las fuerzas armadas, jueces y altos funcionarios (Observación interpretativa Conclusiones I y Conclusiones III)⁹³, las contrarias a las buenas costumbres o al orden público (Observación interpretativa Conclusiones II). Por el contrario, una supresión del derecho a todos los funcionarios públicos es un incumplimiento de la norma.

Ahora bien, el CEDS cuando resuelve, destaca que, en la actualidad, existen países que reconocen este derecho al colectivo objeto de examen, como, por ejemplo, Noruega o Croacia. Así se constata en las Conclusiones emitidas a los mismos [Conclusiones IV-1 (1998) y XIX-3 (2010)], complementando esta información con un informe presentado por la entidad reclamante que señala la evolución del reconocimiento de derechos sindicales⁹⁴. Trasladado al supuesto controvertido, se procede a verificar si la restricción observa los requisitos del artículo G de la CSE revisada, de manera que sólo se admiten si, están establecidas por

⁹³ En los mismos términos caracteriza la supresión respecto de los trabajadores que desempeñen actividades no lucrativas. http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=I_0b_-71/Ob/FR, http://hudoc.esc.coe.int/eng/?i=III_0b_-8/Ob/FR

⁹⁴ Pueden encontrarse estudios comparados del derecho de huelga en BAIRIOT, J.F., «Aperçu du droit de grève dans les pays voisins», 2015 (agosto), *Les Analyses du Centre Jean Gol*, pp. 1 a 7, <http://www.cjg.be/wp-content/uploads/2014/01/2015-08-JFB-Droit-de-grève-dans-les-pays-voisins.pdf>, último acceso 29/3/2018.

la ley, persiguen un fin legítimo y son necesarias en una sociedad democrática, de forma que son proporcionadas.

Claramente se respetan las dos primeras, regulación por norma con rango legal y finalidad de proteger el orden público, la seguridad nacional y los derechos y libertades de otros asegurando que los servicios estén operativos en todo momento.

Sin embargo, a la hora de decidir si la prohibición es «necesaria» en la sociedad se observa la existencia en la actualidad de diversidad entre los Estados en cuanto a la concesión de este derecho. Si bien el Gobierno insiste en que este personal presenta la particularidad de que es el único que reviste esa caracterización, con numerosas competencias, más allá de las que tienen en otros países, entre otras, las del control de la inmigración, finalmente el CEDS resuelve, por 6 votos a favor frente a 5 en contra, que esos argumentos no justifican la existencia de una necesidad social imperiosa ni que el fin legítimo de la seguridad nacional fuera impedido de reconocerse el derecho con restricciones y, mucho menos, con la prohibición absoluta.

En este sentido, dispone que el art. 8 de la normativa irlandesa no es una simple restricción sino una «privación total del derecho de huelga» recordando la jurisprudencia emitida en cuanto a que «(...) los textos de derecho interno que impiden *a priori* el ejercicio de llevar a cabo acciones colectivas o que sólo autorizan (...) en la medida en que ellas sean necesarias para obtener normas laborales mínimas, no son conformes al art. 6.4 de la Carta porque infringen el derecho fundamental de los trabajadores y de los sindicatos a recurrir a la acción colectiva para proteger los intereses económicos y sociales de los trabajadores. Respecto al sistema de valores, principios y derechos fundamentales que consagra la Carta, el derecho de emprender acciones colectivas es primordial para garantizar la autonomía de los sindicatos y proteger las condiciones de empleo de los trabajadores»

Si esta es la interpretación a considerar en cuanto a las limitaciones del ejercicio del de-

recho de huelga destinado a la mejora de las condiciones de trabajo más allá de las mínimas, esto es obviamente aplicable, con mayor razón, para las prohibiciones absolutas de derecho.

En suma, el CEDS confirma que «las restricciones a los derechos humanos deben ser interpretadas restrictivamente». Por lo que se refiere a la regulación de los derechos de negociación colectiva de los agentes de policía, los Estados deben demostrar que existen, en su contexto nacional específico, razones imperiosas que legitimen una prohibición absoluta del derecho de huelga en cuestión, contrariamente a las condiciones que prevalecen en la imposición de restricciones de las modalidades y formas de huelga». Con ello, a falta de la evidencia gubernamental la interdicción incumple el art. 6.4 de la CSE.

La trascendencia de esta resolución para nuestro país es más que evidente, no sólo ante el no reconocimiento del derecho con base en el CEDH, sino también si se tiene en cuenta que en estos momentos hay presentada una iniciativa legislativa popular que lo reivindica, entre otros punto, con la Proposición de Ley para la efectiva igualdad y equiparación salarial de las Policías del Estado español, presentada el 21 de septiembre de 2017, que ya se encuentra admitida a trámite⁹⁵. La demanda puede ser obviamente acentuada y fortalecida argumentando que, en estos momentos, se incumple un Tratado internacional que legitima este derecho.

Retomando el conflicto surgido en Irlanda, no parece que, al menos por el momento, este concreto aspecto vaya a modificarse como se deduce del reciente *First Report of the Working Group on Industrial Relations Structures for An Garda Síochána* constituido para realizar modificaciones en la normativa el 28 de julio de 2017, al recomendar que siga vigente

⁹⁵ BOCG 21 de octubre de 2017 (http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-233.PDF).

esa prohibición⁹⁶, quedando, en consecuencia, como directriz para su exigibilidad, la invocación de la norma en las instancias judiciales, como se analizará en el último apartado de este estudio.

No quiero finalizar sin añadir dos breves valoraciones en cuanto a las decisiones que está emitiendo el CEDS en relación con el derecho de huelga de colectivos específicos. La primera pretende destacar la significativa actividad en cuanto al reconocimiento de derechos de sindicación, en ocasiones suprimidos por ser asimilados a cuerpos militares. Así lo efectuado con la decisión de fondo de 27 de enero de 2016, *Conseil Européen des Syndicats de Police (CESP)* contra Francia, Reclamación colectiva n^o 101/2013, en la que, en ese caso concreto, la Gendarmería nacional estaba privada de derechos sindicales por ese motivo, al realizar parcialmente misiones caracterizadas en esos términos, que fue resuelta como violación de la CSE⁹⁷.

Por lo que se refiere a la segunda, pretende, con crítica constructiva, mostrar, a mi juicio, la falta de coherencia y sentido que se observa en algunos de sus últimos pronunciamientos que abordan esta materia, citando en este sentido la decisión de fondo de 12 de septiembre de 2017, Reclamación n^o 112/2014, *Organisation européenne des associations militaires (EIROMIL)* contra Irlanda. En ella,

⁹⁶ http://www.justice.ie/en/JELR/First_Report_of_the_Working_Group_on_Industrial_Relations_Structures_for_An_Garda_Siochana.pdf/Files/First_Report_of_the_Working_Group_on_Industrial_Relations_Structures_for_An_Garda_Siochana.pdf (última consulta 26/11/2017).

⁹⁷ BAYLOS, A. y CASTELLI, N., «Libertad sindical (artículo 5 de la Carta Social Europea)», AA.VV., (Dir. MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, 2017, Comares, pp. 514 a 517. No obstante, crítica Jimena Quesada, que la interpretación del CEDS es «difusa y condicional (en función del tipo de misiones de que se trate)», puesto que la equiparación de este colectivo a una fuerza de policía o armada es considerada al mismo tiempo como no violación y violación del art. 5 de la CSE tomando como elemento la modificación normativa que se realizó en el año 2015. En «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2016». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016...op. cit. pp. 20 y 21.

no se considera que la privación absoluta del derecho de huelga a los miembros de las fuerzas armadas vulnera el art. 6.4 de la CSE, a pesar de reconocer de que hay dos países, Austria y Suecia que no lo hacen. El argumento que emite gira en torno a la peculiaridad de las actividades que realizan, su obligación de respetar la disciplina militar y el compromiso a la seguridad nacional que se podría derivar del ejercicio de ese derecho, resolviendo con el fin de sortear una patente contradicción, que la misma norma que vulneraba el art. 6.4 CSE en cuanto a la prohibición al personal de policía, no lo hace respecto de los miembros de las fuerzas armadas, considerándola «proporcionada con el fin legítimo que persigue y, por consiguiente, necesaria en una sociedad democrática».

En resumen y para finalizar, por lo que se refiere al derecho de huelga del personal de policía, el estándar de protección del CEDS, es evidentemente más elevado que el de su homólogo. Con ello, se refuerza la caracterización de la CSE como la Constitución Social de Europa, en esta ocasión, en cuanto a los derechos colectivos de los trabajadores.

2.3.2. *La inadmisibilidad de las demandas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su calificación como «manifiestamente infundadas»*

Anteriormente se ha apuntado que los preceptos en materia de derechos sociales en el CEDH son exactamente dos, pero la interpretación extensiva de algunos ha derivado en que se presenten demandas provocadas por las limitaciones o supresiones de derechos a consecuencia de la adopción de medidas de austeridad⁹⁸. Es el caso del art. 1 del Protocolo n^o 1, que regula el derecho a la propiedad y reconoce a toda persona física o jurídica el respeto de sus bienes, no pudiendo ser privado

⁹⁸ LLOBERA VILA, M., *Derecho sindical y Gobernanza europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*. Albacete, 2018, Bomarzo, pp. 98 y 99.

de la misma «(...) más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional». Ello sin perjuicio del derecho que poseen todos los Estados, reconocido en el apartado segundo, «(...) de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas».

Los estudios doctrinales sobre la jurisprudencia del TEDH coinciden en su mayoría en afirmar que poco se puede esperar de este órgano en materia de derechos sociales y el principal argumento que se utiliza para realizar es precisamente la jurisprudencia emitida en las reclamaciones interpuestas apuntadas⁹⁹.

Con este segundo supuesto que se analiza, se demostrará, de nuevo, la afirmación con la que se finalizó el apartado precedente, en cuanto al valor de la CSE. En el estudio de esta materia se distingue entre los supuestos en los que se abordó el fondo del asunto de aquéllos en los que no se realizó.

Comenzando por estos últimos, al ser más numerosos, la interpretación para su inadmisibilidad se basa en considerar prácticamente todas las demandas «*manifiestamente mal fundada*» a tenor del art. 35.3 a) y 4 del CEDH¹⁰⁰, al no observar, en apariencia, ninguna violación. La más conocida es la decisión de 7 de mayo de 2013, *Ioanna Koufaki y Confederación de sindicatos de funcionarios públicos (ADEDY)* contra Grecia, en la que el objeto de impugnación fue la considerable reducción de salarios para el sector público impuesta tras la firma de los *memorándum* de entendimiento, invocando el art. 1 del Protocolo, y, además

⁹⁹ Véase MARGUÉNAUD, J.P., MOULY, J. y NIVARD, C., «Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux», *Revue de droit du travail*, 2017, nº 1, pp. 1 a 6.

¹⁰⁰ Acertadamente señala JIMENA QUESADA la perplejidad que produce este tipo de pronunciamientos. En *Devaluación y blindaje del Estado Social...op. cit.* pp. 146 y 147.

por parte del sindicato —el mismo que había obtenido resolución favorable en las decisión de fondo del CEDS¹⁰¹, los arts. 6.1, 8,13, 14 y 17 del CEDH.

En la demanda, se solicita el reconocimiento de la privación del derecho a la propiedad que han constituido las leyes aprobadas, que sólo deberían haberse utilizado como última solución así como que carecen utilidad pública respecto a la estabilización, saneamiento o mejora de las finanzas públicas o la eliminación del déficit presupuestario.

En el estudio de la situación, el TEDH adopta desde sus inicios una interpretación tajante en el sentido señalado al no observar, en apariencia, ninguna violación, denegando cualquier solicitud. Los motivos que utiliza para su emisión son principalmente dos. Por un lado, la legitimidad de las medidas, adscribiendo a los Estados la plena competencia para escoger, de forma más adecuada que un tribunal internacional, los mecanismos apropiados para lograr un equilibrio en los gastos públicos, salvo si manifiestamente están desprovistos de sentido, cosa que no ocurre en este supuesto.

Y, por otro lado, la situación excepcional del país, sin precedentes hasta entonces, calificándolas por ello de «utilidad pública», concepto que considera de interpretación amplia, en el que incluye, el control y saneamiento de las finanzas públicas, la reforma del sistema de Seguridad Social y de la jubilación de los funcionarios, así como el restablecimiento de la justicia fiscal.

No es la única, puesto que posteriormente se ha abordado similar controversia, resolviendo en los mismos términos, en las decisiones 8 de octubre de 2013, *Conceição Mateus y Santos Januário* y 1 de septiembre de 2015, *Da Silva Carvalho Rico* ambas contra Portugal, con referencia a la reducción de una pensión de jubilación tras la firma de programa

¹⁰¹ Véase *supra* apartado 2.2.2.A.

de ajuste con la UE, calificando, de nuevo, la medida de excepcional y equilibrada en cuanto al interés de la sociedad en general y los intereses individuales, 15 de octubre de 2013, *Savickas y otros* y 4 de julio de 2017, *Mockiene* contra Lituania, por la reducción de los salarios y las prestaciones sociales respectivamente o la última de 7 de diciembre de 2017, *P. Plaisier B.V.* contra los Países Bajos, en la que se impugnaba un impuesto (*surtaxe de crise*) que debían pagar los empleadores con salarios superiores a 150.000 euros.

Por lo que se refiere a los supuestos en que ha entrado en el fondo del asunto, a modo de ejemplo, mencionaré, por una parte, dos en los que no resolvió la existencia de vulneración del precepto, y, por otra parte, a uno en que sí la constató.

En el primer caso, la sentencia de 25 de octubre de 2011, *Valkov y otros* contra *Bulgaria*, se consideró justificada y equilibrada la limitación de las pensiones de jubilación a un máximo, al igual que en la de 21 de julio de 2016, *Mamatas y otros* contra *Grecia*, en el que se enjuiciaba la anulación y sustitución de los títulos de deuda pública por otros con un valor nominal inferior a los que tenían los demandantes.

En cuanto a la que acogió favorablemente la demanda, de 14 de mayo de 2013, *N.K.M.* contra Hungría, así calificó la imposición de un impuesto en la indemnización por despido adoptada diez semanas antes de producirse, por desproporcionada.

Resulta patente la divergente resolución de supuestos muy similares, la situación de crisis económica de un mismo país justifica, según el criterio del TEDH, todas las modificaciones realizadas, mientras que el CEDS discrepa. A mi juicio, la valoración del primero es muy cuestionable, legitimando totalmente cualquier medida que imponga un país en situación de crisis. Esas divergencias deberían evitarse mostrando un frente común en este sentido, complementándose y enriqueciéndose mutuamente y, con ello, evitar el cuestiona-

miento de la organización de la que forman parte que, lejos de fortalecerla, la están debilitando.

Por último, recientemente en los medios de comunicación españoles se ha difundido la noticia, y así se puede constatar en la página web del colectivo de abogados responsable¹⁰², sobre «la admisión» de una demanda por parte del TEDH en la que solicita la anulación de la desvinculaciones del incremento de las pensiones que se adoptó por el Real Decreto-ley 28/2012, de 30 de noviembre, *de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social* por incumplimiento del precepto objeto de examen en este apartado. La misma, atendiendo a los precedentes descritos, causaba una gran sorpresa que, por el momento, y tras las correspondientes verificaciones, debe rectificarse en el sentido de que no se ha producido, de manera que la comunicación recibida es de la presentación, pero no de esa admisibilidad.

3. DIRECTRICES HACIA LA INSTAURACIÓN DE UNA EUROPA SOCIAL ARMONIZADA

3.1. Aceptación y respeto «por y entre» las organizaciones europeas

El conflicto como se ha podido demostrar a través de los supuestos concretos analizados es una realidad que ha de ser valorada puesto que deriva en una vulneración del Estado Social y Democrático de derecho, de los derechos humanos, así como de la seguridad jurídica que otorga el marco jurídico vigente y aplicable en un país.

Las soluciones a arbitrar tienen que adoptarse con la implicación e interés de todos los sujetos referenciados, partiendo de la premisa fundamental de su reconocimiento mutuo y la urgencia de arbitrar soluciones

¹⁰² <https://www.cronda.coop/Actualitat/Noticies/Admesa-a-tramit> (último acceso 8/4/2018).

a la situación. Entre las diferentes líneas a seguir considero que el eje de cualquier actuación debe partir del *Proceso de Turín*, lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa con ocasión de la *Conferencia del alto nivel sobre la Carta Social Europea* los días 17 y 18 de octubre de 2014 (conocida como *Turín I*), con la finalidad de llamar la atención de los gobiernos de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa y de las autoridades de la UE sobre la importancia de garantizar y de promover los derechos sociales consagrados por los tratados de la CSE en un contexto internacional, en el que la presencia de múltiples problemas relacionados con el ejercicio de esos derechos manifiestan la inexcusable necesidad de adoptar soluciones, en las que sea prioritario reforzar la CSE, en principio, en dos direcciones, dentro del Consejo de Europa y en relación con la legislación de la UE.

En la misma se adoptó un Informe General (*Le Rapport Nicoletti*¹⁰³) que se erige en el «motor» de todo el Proceso al incluir un plan de acción con cinco medidas que, a su vez, se concretan en toda una serie de actuaciones a adoptar distinguiendo las inmediatas, de las que fija un medio o largo plazo, en las que implican al Consejo de Europa, la UE, los Estados y las ONG y agentes sociales. En particular son las siguientes¹⁰⁴:

1.ª Fortalecimiento de la CSE, que se concreta, entre otras, en el impulso de la ratificación de la versión revisada y/o de todos sus preceptos, consolidar su posición y visibilidad, modificar la elección de los miembros del CEDS, dejando de ser efectuada por el Comité de Ministros y que pase a ser realizada por la Asamblea Parlamentaria, ampliar su composición, dedicación a tiempo completo, y dotarle externamente de carácter judicial así como

posicionar la jurisprudencia del CEDS dentro del Consejo de Europa ante nuevos escenarios y desafíos.

Por lo que se refiere a la adhesión de la UE a la CSE es posible y, de presentar inconvenientes, no son diferentes que respecto al CEDH¹⁰⁵. Se trata de una actuación que permitiría tener en cuenta el Tratado en la adopción de cualquier actuación de la UE, la normativa se coordinaría y enriquecería y, con ello, además, demostraría su compromiso con la defensa de los derechos sociales además de una concepción unitaria que es la que se encuentra en la CDFUE, evitando las confrontaciones que con anterioridad se han mostrado¹⁰⁶.

Por el momento, hay bastante desinterés, descartando que se produzca a corto plazo, a excepción del Parlamento Europeo, que sí consideró en su momento «(...) que la adhesión de la Unión al CEDH constituye un primer paso fundamental que debería ser completado con la adhesión a (...) la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y revisada el 3 de mayo de 1996, en coherencia con los avances consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales y en la legislación social de la Unión», pidiendo también que se produzca «(...) a los organismos del Consejo de Europa tales como (...) el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), Comité Gubernamental de la Carta Social Europea (...) y solicita que se comuniquen al Parlamento Europeo

¹⁰⁵ DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de L'Union Européenne à La Charte sociale européenne (The Accession of the European Union to the European Social Charter)», 2014, julio, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2475754> (30/3/2018), p. 27.

¹⁰⁶ MARTINEZ OTERO, J., «Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 14, p. 299 y DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de L'Union Européenne à La Charte sociale européenne...», *op. cit.* p. 29 y ss. Añade este autor que, de producirse, otorgaría derechos subjetivos a los ciudadanos que podrían invocarse frente a las autoridades nacionales y que la referencia a la CSE como fuente de inspiración, en ningún caso, establecería la presunción de que una norma o acto incompatible con la CSE lo es, a su vez, con normas de la UE.

¹⁰³ <https://rm.coe.int/168048acf9> (último acceso 12/4/18).

¹⁰⁴ Véase también «La relation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne». Document de travail élaboré par le Comité Européen des droits sociaux, 15 juillet 2014, p. 27.

las conclusiones y decisiones que adopten dichos órganos (...)» (Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, *sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* [2009/2241(INI)]).

Esta favorable posición la justifica en que «considera que, en beneficio de los ciudadanos, la democracia y los derechos humanos, tanto en Europa como en la UE, y con objeto de garantizar su respeto y salvaguarda, la cooperación entre las instituciones de la Unión y los órganos especializados del Consejo de Europa debería reforzarse con el fin de contribuir a una mayor coherencia y complementariedad en el ámbito de los derechos humanos a nivel paneuropeo», siendo deseable que vuelva a ser valorada por el resto de instituciones de la UE.

2.^a Mejorar la aplicación de la CSE, consumada en, entre otras, la adaptación y concepción de las políticas macroeconómicas de la UE con los derechos sociales, su integración en los planes de reactivación económica y en los principios generales del derecho de la UE, adecuar los indicaciones de impacto sociales y los nuevos valores de referencia según parámetros de bienestar social, fortalecer el seguimiento de las decisiones del CEDS de forma que sea paralelo al de la ejecución de las sentencias del TEDH, impedir a los Estados cuestionar los pronunciamientos del CEDS, promover la creación de un procedimiento de dictamen consultivo en ese organismo por parte de los legisladores y jurisdicciones nacionales y la colaboración estrecha con los gobiernos centrales y regionales con la finalidad de asegurar la puesta en práctica de las decisiones y conclusiones del CEDS.

En este sentido, considero fundamental que el Consejo de Europa se implique con carácter urgente, demuestre su conceptualización de los derechos humanos como indivisibles, abandonando la ubicación secundaria de la CSE, sirviéndose de algunas de las propuestas que la doctrina ha realizado, como la exigen-

cia de ratificación de la versión de revisada de la CSE como condición *sine qua non* para ingresar y formar parte de la organización¹⁰⁷ e incluso la fusión de sus dos tratados más emblemáticos¹⁰⁸.

3.^a Respecto del procedimiento de reclamaciones colectivas, suscitar la ratificación de su Protocolo y de la autorización a ONG's a interponer reclamaciones, motivas su utilización y conocimiento por todos los sujetos con legitimación activa, modificar su reglamento en orden a publicar inmediatamente las decisiones de fondo así como la notificación por los Estados de las medidas dirigidas a su cumplimiento.

4.^a Favorecer las sinergias entre el derecho de la UE y la CSE con un sistema normativo integrado y común de protección de los derechos, acentuar las relaciones entre todas las instancias que conforman los dos organismos, tener en cuenta, identificar y utilizar la jurisprudencia de los dos organismos de control o crear un sistema de reconocimiento recíproco.

La UE podría en ese sentido proporcionar indicaciones a sus Estados miembros para armonizar sus legislaciones por medio de la ratificación de la CSE revisada, ya sea en su totalidad o parcialmente en cuanto a los preceptos más relacionados con su derecho o competencias.

5.^a Realización de actuaciones encuadradas en un apartado denominado información y comunicación, en el que se incluya, la formación sobre la CSE a jueces y juristas naciona-

¹⁰⁷ JIMENA QUESADA, L., «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», en AA.VV. (Coords. LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., Mengual i Mallol, A.M., y CANO PALOMARES, G.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. una visión desde dentro*, Valencia, 2015, Tirant lo Blanch, pp. 121 y ss.

¹⁰⁸ BRILLAT, R., «Evolución y consolidación del pacto europeo de democracia social», en AA.VV. (Dir. TEROL BECERRA, M. y JIMENA QUESADA, L.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, 2014, Tirant lo Blanch, p. 215.

les e internacionales, adaptar la comunicación en relación con la CSE con la finalidad de optimizar la visibilidad, situarla en el mismo nivel que el CEDH y dinamizar su conocimiento por todos los ciudadanos, entidades y agentes sociales.

Lejos de estar ante un evento aislado y un documento teórico, su relevancia se revela en la supervisión y progreso acordado en posteriores eventos, en particular, en la *Conferencia sobre El futuro de la protección de los derechos sociales* que se celebró en Bruselas el 12 y 13 de febrero de 2015, y en la *Conferencia interparlamentaria sobre la Carta Social Europea* (conocida como *Turín 2*), que tuvo lugar el 17 de marzo de 2016, complementada al día siguiente por la celebración del *Fórum de Turín sobre los derechos sociales en Europa*.

Resulta lamentable que este *Proceso*, y sus consiguientes actuaciones dirigidas a su efectividad y realidad, en general se desconozca a pesar de encontrarse ante el más comprometido y relevante programa en materia de derechos sociales a nivel internacional. En el mismo se puede comprobar que dista de ser un documento teórico, se han fijado actuaciones concretas orientadas a pasar de la indiferencia a un plano de voluntad de cooperación o sinergia, es decir, como se ha señalado, no se trata de aceptar totalmente la resoluciones de la otra organización, sino de darles «un mínimo reconocimiento y respeto que transmita a los ciudadanos y a los Estados un clima de cooperación y de entendimiento en la protección de los derechos sociales»¹⁰⁹.

Si bien hay que seguir trabajando en su culminación, el panorama actual no se ve muy favorecido por lo que se refiere a la UE pues, con ocasión de la adopción del célebre *Pilar de los derechos sociales*, por lo que se refiere al texto final aprobado en la Cumbre de Gotemburgo el 17 de noviembre de 2017, no ha aprovechado la

idónea ocasión para demostrar su compromiso con la CSE, limitando las referencias a dos en el Preámbulo y, tan sólo, a la versión de 1961. Únicamente, por intentar extraer algo positivo, en uno de ellos realiza una aparente asimilación en cuanto a la existencia de diferentes niveles de protección, compatibles y complementarios («(...) ninguna de las disposiciones del Pilar europeo de derechos sociales debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión o por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros, incluida la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y los convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo»), pero insisto, a mi modo de ver, la UE, de nuevo, teóricamente exterioriza su interés por los derechos sociales, pero, por el momento y siguiendo la línea desde su creación, no se concreta con actuaciones efectivas entre los ciudadanos.

3.2. La superación de las resistencias de los Estados frente a «*todos*» los compromisos internacionales asumidos: *aprehensión, complementariedad y convencionalidad*

A mi modo de ver, una parte sustancial de los problemas de reconocimiento y aplicación de la CSE residen en los propios Estados. El *Informe Nicoletti*, consciente de ello, los incluye como destinatarios del programa de actuación, de forma que su valoración derivaría en un progreso para la efectividad de los derechos y sus garantías. Por el momento, en lugar estar receptivos, muestran su crítica y cuestionamiento, no tanto del Tratado, sino del órgano que controla su cumplimiento del que, lógicamente, le llegan las condenas por violación del mismo, señalando dos ejemplos.

Por un lado, como ya indiqué al inicio de este estudio, las observaciones que suelen pre-

¹⁰⁹ MARTINEZ ÓTERO, J., «Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales...» *op. cit.*, p. 298.

sentar como Anexo a las Resoluciones del Comité de Ministros, en ejecución de las correspondientes decisiones de fondo, referenciado el caso de los Países Bajos¹¹⁰.

Y, por otro lado, España, teniendo el ejemplo más reciente en las respuestas dadas al *Cuestionario relativo a las buenas prácticas sobre la aplicación de los derechos sociales a nivel nacional*, realizada por el grupo de redacción sobre los derechos sociales (CDDH-SO-C)¹¹¹, publicado el 12 de diciembre de 2017, el que indica que el país cumple el Tratado y que las objeciones se derivan de las interpretaciones que realiza el CEDS, «(...) que va más allá del texto de la Carta y la de la interpretación aneja a la misma, incrementando las obligaciones y creando inseguridad jurídica para los Estados que lo han ratificado».

Con esta clara oposición gubernamental la cuestión a plantearse es si es posible que el Tratado pueda desplegar su eficacia y alcanzar el objetivo para el que se acordó, la salvaguarda de los derechos sociales. La respuesta es afirmativa de manera que, a pesar de esa actitud, los ciudadanos, principales destinatarios de los derechos y sus garantías, poseen instrumentos para exigirlos, erigiéndose en este sentido las instancias judiciales en la vía a utilizar.

Para ello, la premisa de partida es la existencia de una protección multinivel, complementaria y compatible, como los propios textos recogen en su contenido. Son concluyentes en este sentido el art. 53 de la CDFUE («Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular

el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como las constituciones de los Estados miembros»), el art. 53 del CEDH («Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte»), el art. 32 de la CSE (H de la versión revisada) que establece su no afectación «(...) a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas»), o el art. 5 del PIDESC (1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualesquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en medida mayor que la prevista en él. 2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado)¹¹², que conducen lógicamente a una interpretación a la inversa, es decir, el convenio cede ante norma nacional o internacional más favorable, pero también debe hacerlo la norma interna cuando otorga una protección inferior ante la existencia del compromiso adquirido por el Estado, como así están efectuando los órganos jurisdiccionales, como a continuación se muestra.

¹¹⁰ Véase *supra* apartado 1.

¹¹¹ <https://rm.coe.int/reponses-au-questionnaire-relatif-aux-bonnes-pratiques-sur-la-mise-en-/16807762ac> (último acceso 9/4/18)

¹¹² Véase de forma más amplia MONEREO PÉREZ, J.L., «Los principios del sistema jurídico internacional multinivel...» *op. cit.*, pp. 25 y ss. y *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 2017, Bomarzo, pp. 137 y ss. así como VALDÉS DAL-RÉ, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, Albacete, 2016, Bomarzo.

3.2.1. *Estado de la cuestión en las instancias judiciales españolas*

Como se ha señalado, en el caso de que los responsables gubernamentales no procedan a modificar la normativa que está vulnerando un Tratado que forma parte de su ordenamiento jurídico, los órganos judiciales se convierten en la instancia a la que recurrir con el objeto de que restablezca el derecho reconocido y garantizado, en aplicación del control de convencionalidad, definido como «la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional (o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él) integrado en el ordenamiento jurídico interno»¹¹³.

Se trata de una vía que habitualmente no goza de reconocimiento y, con ello, de aplicabilidad, más cuando el Tratado es la CSE y más aún cuando el Tribunal constitucional se ha pronunciado de forma positiva en cuanto al precepto o norma sobre el que debe materializarlo, imaginando que, de hacerlo, entran en conflicto con éste. De nuevo, está presente el desconocimiento de las normas y de su estructuración, en suma, se trata de aplicar un principio tan básico como el de jerarquía normativa.

A pesar de ello, los progresos son más que notables, no sólo en nuestro país, sino también en el resto, demostrando que, no sólo es factible, sino que, además, es la obligada y correcta articulación y aplicación de las fuentes del derecho, dos ejemplos que a continuación se examinan de forma separada lo corroboran.

Por lo que se refiere a España, en el año 2013 se emitió la primera sentencia del orden jurisdiccional social que resolvió una de-

manda favorable (Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 9 de noviembre de 2013) con fundamento en un precepto del Tratado (art. 4.4), la jurisprudencia emitida en torno a la delimitación de su contenido por el CEDS¹¹⁴ y el control de convencionalidad aludido que legitima el art. 96.1 de la CE, específicamente por lo que se refiere a la duración de un año del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores.

Lejos de estar ante un pronunciamiento aislado, le siguieron otras sentencias a lo largo de los años 2014 y 2015, no sólo en asuntos que abordaron el mismo conflicto (entre otras, SJS nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, SJS de Mataró de 29 de abril de 2014, SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS nº 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, SJS nº 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015, SSJS nº 1 de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015), sino también en otros, en concreto, la desvinculación de la revalorización pensiones atendiendo al índice de precios al consumo (SJS nº 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, nº 12 de 4 de septiembre de 2015 o nº 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015) –violación del art. 12.3 de la CSE–, y la caracterización de las guardias localizadas como tiempo de trabajo (SJS nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015) –incumplimiento del art. 2.1 de la CSE–.

Me permito destacar y subrayar esta última como modelo de impecable y adecuado entendimiento de la materia, siendo lamentable la prácticamente nula repercusión que, como ya se ha criticado anteriormente, se sitúa en la habitual escasa atención a este Tratado y los pronunciamientos de su organismo de control. En ella se efectúa, con base en la Carta Magna, una correcta articulación de las fuentes del derecho internacional, supranacional e internas, arbitrando una complementariedad y absoluta compatibilidad entre las mismas como consecuencia de la aplicación del es-

¹¹³ En JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, 2013, Aranzadi, pp. 24 y 25.

¹¹⁴ Véase *supra* las decisiones de fondo examinadas en el apartado 2.2.

tándar de protección más favorable, es decir, resuelve de forma «pacífica» la existencia de valoraciones dispares por parte de los organismos internacionales, huyendo de posibles antagonismos.

El supuesto de hecho se entra en las desavenencias respecto a la calificación del tiempo de disponibilidad de unos trabajadores de un servicio de instalación, mantenimiento y reparación de aire acondicionado, tras la implantación por la empresa de un servicio de asistencia técnica durante los fines de semana –por causas organizativas y técnicas– con el teléfono móvil para atender las consultas de los clientes y, de ser necesario, trasladarse al local se hace referencia. La empresa, junto al comunicado, determina la remuneración a percibir por cada fin de semana, que los trabajadores no aceptan solicitando el triple por la «imposibilidad de conciliar la vida laboral y personal».

El órgano, a la hora de emitir la resolución, procede, en primer lugar, a tener en cuenta la normativa nacional reguladora, que no define cómo ha de ser considerado, si bien a nivel jurisprudencial se determinó que «(...) la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias» (STS de 29 de noviembre de 1994, La Ley 10308/1995).

A continuación, en segundo lugar, el análisis se dirige al ámbito de la UE, centrándose en la Directiva 2003/88 vigente en estos momentos, complementada por las interpretaciones del TJUE que ya han sido analizadas¹¹⁵, concluyendo que desde esta perspectiva «el concepto e tiempo de trabajo no incluye el período de guardia o disponibilidad, cuando este período no implica estar físicamente en el lugar de trabajo».

En tercer y último lugar, se remite a la CSE, a la jurisprudencia del CEDS sobre esa materia¹¹⁶, y a las Conclusiones del CEDS XX-3, dirigidas contra España, en las que comunicó que «considerar como tiempo de descanso el período de disponibilidad en el cual no se tiene que desarrollar ninguna actividad pero que el trabajador está a disposición de la empresa, es una violación del art. 2.1 de la CSE y, por tanto, se infringe el derecho a una duración razonable del trabajo».

Ante esta triple regulación, se advierte que «la legislación española y la interpretación realizada por los tribunales de la legislación comunitaria, no se ajusta a la interpretación que se realiza desde el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea». Con esta situación, teniendo el juez que determinar la normativa aplicable, se procede a referenciar el art. 96.1 de la CE, complementado por los arts. 29 («Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados»), 30 («Los tratados internacionales serán de aplicación directa (...)») y el art. 31 («Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional») de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de *Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, con el objetivo de avanzar y dejar clara la plena aplicabilidad de la CSE «como derecho interno», y del organismo que tiene atribuidas funciones cuasi-jurisdiccionales que, en todo caso, fija «la interpretación auténtica».

Completa la aseveración, recordando, además, la inexistencia de presunción de conformidad del derecho de la UE con del Consejo de Europa, y que normas como las directivas son «mínimos de homogeneización de las le-

¹¹⁵ Véase *supra* apartado 2.2.1.A.

¹¹⁶ Véase *supra* apartado 2.2.1.B.

gislaciones de los diferentes Estados, sin que se pueda considerar que cualquier regulación que objetivamente mejora las condiciones establecidas en las directivas vaya en contra de esta normativa comunitaria».

Por lo tanto, se insiste en la imposibilidad de «(...) apreciar (...) colisión entre la CSE y el derecho de la Unión Europea», porque la directiva es un mínimo, tal y como dispone el propio art. 1 de la misma y es la existencia de regulación diferente la que comporta que también las interpretaciones lo sean, que han de ser consideradas complementarias y no contradictorias, debiendo aplicar «la que garantiza la mejor eficacia del derecho reconocido», como el TC ha aceptado en cuanto a las resoluciones de otro organismo, que, si bien, no es ninguno de los referenciados –Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas–, la interpretación puede trasladarse de forma que sus dictámenes, aunque, no son resoluciones judiciales ni tienen fuerza ejecutoria directa, ello «(...) no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, (...), las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)».

Finaliza la sentencia con un texto contundente, de forma que «(...) si la Carta Social Europea es derecho interno y es obligatorio aplicarla, y además los informes emitidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, tienen el carácter de interpretación auténtica de la Carta, la única conclusión posible al caso (...) es que los períodos de disponibilidad no presenciales no pueden ser considerados como

períodos de descanso (...)» puesto que el trabajador no tiene la garantía absoluta de que, en el transcurso del mismo, no hay ninguna interferencia empresarial, no existiendo, un pleno derecho al descanso. En conclusión, calificarlo como tiempo de descanso «no encaja en la normativa interna» recordando que «la Carta Social Europea es norma interna, a pesar que la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo lo pueda calificar como tiempo de trabajo».

Aunque algunos de los pronunciamientos de primera instancia han sido revocados por la instancia siguiente, más remisa al reconocimiento del efecto «*self-executing*» de los Tratados y, mucho más, de la CSE, durante el año 2016 y principios del 2017 algunos Tribunales Superiores de Justicia han continuado la interpretación, fallando de forma categórica en cuanto a la vinculación al Tratado y su efecto directo, así como a la consideración como «*jurisprudencia*» de los pronunciamientos del CEDS. Es el caso de los del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 28 de enero de 2016 (Rec. 581/2015), 30 de marzo de 2016 (Rec. 989/201), Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2016 (Rec. 2099/2016) o las más reciente, de nuevo el TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 31 de enero de 2017 (Rec. 1300/2016), que literalmente resuelven de la CSE, que en nuestro derecho interno, en virtud del art. 96 de la CE, no se puede impedir su «*la aplicación interna y directa*», pues «*es derecho interno, y las disposiciones self-executing contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del Estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna*».

Sobre la más cuestionada vinculación a los pronunciamientos del CEDS y su valor, disponen que «(...) constituyen jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales», siendo de plena aplicación «en la medida en que interpretan y delimitan el sentido de las reglas y preceptos que se contienen en la Carta, y que son en definitiva la interpretación auténtica del Tratado», lo que obliga «a analizar a la luz de las normas y Tratados

citados la legalidad [del asunto controvertido que se ha sometido)].».

No imposibilita el reconocimiento de la aplicabilidad de la norma internacional que el fallo, en algunas ocasiones, no haya sido favorable para el/la demandante, que se produce, en unos casos, porque se ha apreciado que el supuesto de hecho no era el mismo que del CEDS –no se alcanza la conclusión de que la falta de actualización de las pensiones determine que el nivel de protección social es insatisfactorio o de que se incumple la obligación del Estado de esforzarse por elevar el nivel del sistema de Seguridad Social (art. 12.3 de la CSE)–, y, en otros, porque que la solución ha de ser, no la nulidad del período de prueba, con la consiguiente improcedencia de la resolución contractual producida, sino la fijación de la indemnización correspondiente a la ausencia de preaviso razonable.

Esta permeabilidad a la CSE en la primera y segunda instancia judicial, no está siendo, de momento, acompañada por las resoluciones del Tribunal Supremo que, con su «*desfasada noción de jurisprudencia*»¹¹⁷, inadmite los recursos de casación en unificación de doctrina de dos de las materias aludidas (Autos de 4 de noviembre de 2015, 30 de noviembre de 2016 o 20 de abril de 2017) en los que determina la «*falta de idoneidad*» de las decisiones de fondo y las conclusiones del CEDS a los efectos de los requisitos exigidos por el art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. En todo caso, ni éstas ni las del Tribunal Constitucional, previas y posteriores a las señaladas con anterioridad, resolviendo la «*constitucionalidad*» de la normativa que ha originado las controversias¹¹⁸, impiden que

¹¹⁷ Como señala de forma crítica JIMENA QUESADA, con esta interpretación el TS rememora «*la obsoleta aproximación a la jurisprudencia del Código civil español (...), [se aleja] de los cánones jurisprudenciales europeos más recientes (...)* [y con ello da cuerpo] a una anomalía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (...)». En *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático...op. cit.*, p. 68.

¹¹⁸ Entre otras, las SSTC 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio (Rec. 5603/2012, 5610/2012 y cuestión de inconstitucionalidad 140/2015).

prosiga la ejemplarizante doctrina judicial que opta por emplear el principio de «*favor libertatis*» y el control de convencionalidad¹¹⁹.

En todo caso, esa oposición a la CSE, y, todo sea dicho también los Convenios de la ONU¹²⁰, cede, en algunas ocasiones, con otros Tratados, como recientemente ha puesto de manifiesto el TS en una sentencia de 28 de enero de 2018, en la que se abordaba el derecho la pensión de viudedad causada por un ciudadano marroquí, en situación de poligamia. La situación, aunque no está permitida por la legislación española, la aplicación del art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos y del art. 96 de la CE, jerárquicamente superior tras su ratificación, ha derivado en la consideración como causantes a las dos esposas. Con ello, las instancias judiciales superiores reflejan incoherencia en sus resoluciones además de desconocimiento de las fuentes y su ordenación.

3.2.2. *La sentencia n° 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo: la protección del art. 24 de la Carta Social Europea*

En las páginas anteriores, Grecia ha sido un país objeto de particular atención al haber sido uno de los que, hasta el momento, más condenas ha recibido del CEDS por el sistema de reclamaciones colectivas. El interés re-

¹¹⁹ Un estudio completo de la aplicación de las normas internacionales por estas instancias en GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X., «*Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales*», pp. 85 a 117 y JIMENA QUESADA, L., «*La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio del favor libertatis*», pp. 59 a 84, ambos en la obra colectiva coordinada por Fargas Fernández, J., *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, 2016, Huygens.

¹²⁰ En este sentido, véase la SAN, sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de febrero de 2018 (Rec. 989/2016), en la que, evocando jurisprudencia del TS y del TC, afirma que «*los Dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, al carecer de competencia para ello*».

side también en que las decisiones de fondo emitidas han sido invocadas en sede judicial española, ante la identidad del supuesto planteado, de manera que, aunque no está ratificado el protocolo y, con ello, no hay posibilidad de legitimación activa, al abordar y delimitar el contenido de un precepto que sí lo está, lo autoriza.

La situación era observada por investigadores de la materia del resto de países, y principalmente los del aludido, además de con sorpresa, con «*anhelo e ilusión*», puesto que se alcanzaba la protección en el ámbito judicial de un derecho violado, que las autoridades legislativas y/o ejecutivas no restituían.

Finalmente, el deseo se ha materializado con la «histórica sentencia»¹²¹ del Tribunal de primera instancia de El Pireo n° 3220/2017¹²², que despliega la protección por despido derivada del art. 24 de la CSE revisada¹²³. El origen de esta situación se ha de situar en la ra-

¹²¹ TSIMPOUKIS, C., «Some brief notes on decision n° 3220/2017 of Piraeus' single-member Court of first instance», *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, n° 2 (en prensa), pp. 1 a 7. Me remito a esta referencia para un completo análisis del contenido de la sentencia y un estudio del régimen jurídico del despido en ese país.

¹²² Versión original en griego, véase la traducción inglesa realizada por PAP, S., DELIYANNI, C., TSIBOUKIS, C. y GAVALAS, N., «Single-member First Instance Court of Piraeus 3220/2017», *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, n° 2 (en prensa), pp. 1 a 14 y 1 a 7.

¹²³ Este precepto no está ratificado por España pero es invocado en las demandas, como, por ejemplo, la STSJ de Cataluña de 29 de diciembre de 2017 (Rec. 6202/2017), en la que, no obstante, se indica que tiene «(...) su encaje en los artículos del ET (...) porque, por una parte, reconoce el derecho de los trabajadores a no ser despedidos sin razones válidas y cuando eso no se cumple reconoce el derecho a una indemnización adecuada o a otra reparación adecuada». Es preciso señalar también que hay sentencias (SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 23 de marzo de 2017 (Rec. 1741/2016) y Madrid de 24 de mayo de 2017 (Rec. 354/2017) que no muestran claridad al respecto pues hacen referencia a la necesidad de que el despido sea causal en nuestro ordenamiento jurídico al estar «(...) integrado especialmente en este punto por los Convenios de la OIT, por la Carta Social Europea y la normativa de la Unión Europea (arts. 10.2, 93.1 y 96.1 CE)».

En virtud de la Ley n° 2017-1340 de 15 septiembre 2017 de habilitación a adoptar por ordenanzas medidas para el refuerzo del dialogo social.

tificación de la versión revisada el 18 de marzo de 2016 (con la excepción de los apartados 4 del art. 3 y 12 del art. 19) y, con ello, ese precepto pasó a formar parte de su ordenamiento interno, comprometiéndose a reconocer a los trabajadores «(...) a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio», y en caso de producirse «(...) a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada» así como su impugnación.

La normativa interna aplicable al supuesto planteado legitima la finalización de un contrato de trabajo como acto unilateral que no precisa de la existencia de una causa. En particular, por lo que se refiere a la Constitución, la libertad de empresa (actividad económica) se considera intrínsecamente a la libertad personal y el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 5 («Todas las personas tiene el derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país, siempre que ello no suponga un atentado a los derechos de otro, ni viole la Constitución o las buenas costumbres»), que, en combinación con el apartado primero del art. 22 («El trabajo constituye un derecho y goza de la protección del Estado, que procurará crear condiciones de pleno empleo para todos los ciudadanos, así como contribuir al progreso moral y material de la población activa, rural y urbana. Todos los que trabajan tendrán derecho, sin tener en cuenta su sexo u otra distinción, a la misma remuneración por el trabajo realizado de igual valor»)¹²⁴, determinan la libertad del empresario para rescindir un contrato, a la vez que la protección frente al despido de los trabajadores. Esas previsiones deben relacionarse con el art. 25, en el que se enmarca el Estado de bienestar, así como, subrayo esta mención, su aplicación a las relaciones entre particulares,

¹²⁴ Estas referencias se complementan con los arts. 669.2 del Código Civil griego, art. 1 de la Ley 2112/1920 y arts. 1 y 5 de la Ley 3198/1955.

referencia incluida en el apartado primero del precepto tras su revisión en el año 2001, conocida normalmente como *Drittwirkung*, proporcionando, con ella, efectos *erga omnes* a los derechos constitucionales¹²⁵.

En el examen de las normas supranacionales, necesario al componer las fuentes reguladoras por aplicación del art. 28 y con valor jerárquico superior desde el momento que son ratificadas, por lo que se refiere al CEDH se reconoce que no tiene un precepto específico que proteja frente a los despidos injustificados, aunque el TEDH ha desplegado alguna protección en ese sentido por la vía del art. 8 del CEDH, como una de las facetas de la protección de la vida privada y familiar.

Ahora bien, la CSE contiene un precepto en ese sentido, el art. 24 de la versión revisada, que desarrolla su protección en tres aspectos básicos:

1.º La terminación de un contrato de trabajo por iniciativa del empresario debe estar fundamentada en un «motivo legítimo» o, más exactamente en «una causa válida» vinculada a la competencia o capacidad del trabajador o a los requerimientos de funcionamiento de la empresa.

2.º El empresario está obligado a «compensar adecuadamente» cuando el despido es injustificado o proporcionar una reparación adecuada.

3.º Se debe garantizar una protección jurídica adecuada.

El juez, con la normativa aplicable en ese momento, considera que el despido sin causa que autoriza la normativa interna no es compatible con los requerimientos del art. 24 de

la CSE revisada, teniendo que, los tribunales a partir de la ratificación, examinar los despidos que se le sometan y verificar si están motivados en una causa válida o no, anulando los que, en consecuencia, no lo observen.

Trasladada esa contundente afirmación sobre las normas internas, el juzgador lleva a la fundamentación de la sentencia la jurisprudencia del CEDS emitida en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011) y la violación del art. 4.4 de la CSE, en relación con el período de prueba de doce meses establecido por la Ley 3899/2010 –generalizado a todos los contratos, por la disposición 4093/2012– para finalizar fallando lógicamente en los mismos términos.

Con ello, se pone de manifiesto, de nuevo, que la CSE tiene efecto directo, vinculante y valor jerárquico superior frente a la normativa nacional. La aplicación de esta premisa y, con ello, de la protección del derecho que proporciona, con la interpretación del órgano que lo supervisa, no sólo es posible, sino preceptivo puesto que, en suma, como de forma terminante la doctrina ha señalado, «(...) los derechos valen tanto como sus garantías (...)»¹²⁶.

4. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este estudio se ha podido comprobar que la afirmación con la que se inició en cuanto a la caracterización de la CSE como la *Constitución Social de Europa*, es irrefutable. Los cuatro ejemplos examinados son sólo una muestra de muchos más, y, con ello, la necesidad de aprehender y aceptar que, cualquier referencia o actuación relativa a los derechos sociales y sus garantías, debe efectuarse con este Tratado, el más significativo y consistente con sus objetivos.

¹²⁵ Sobre las consecuencias e interpretación de la misma véase AKRIVOPOULOU, C., «Greece: *Drittwirkung* and Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights», en AA.VV (ed. Oliver, D. y Fedtke, J.), *Human Rights and the Private Sphere Vol 1: A Comparative Study*, UK, 2007, Routledge-Cavendish pp. 165 y ss. https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2014_deo10_dp_series_8.pdf.

¹²⁶ JIMENA QUESADA, L., «La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2014, nº 50, p. 179.

Esto se confirma, además, con las reclamaciones que cada vez más se interponen al CEDS, muy relevantes y que abordarán materias trascendentales en la actualidad, algunas ya admitidas a trámite, otras pendientes de la decisión al respecto.

Así, sin ánimo de realizar una enumeración exhaustiva, entre las primeras están las quince –se corresponde con el número de países que pueden ser demandados por el procedimiento– del *Groupe européen des femmes diplômées des universités*, Reclamaciones colectivas nº 124 a 138, frente a los incumplimientos en materia de desigualdad salarial y de condiciones de trabajo (acceso a puestos relevantes) entre hombres y mujeres.

En cuanto a las segundas, se encuentran las presentadas contra Francia por la modificación de la jornada de trabajo efectuada por la Ley *El Khomri* y la regla «*trentième indivisible*» de los funcionarios, Reclamaciones colectivas nº 154 y 155 de 28 de julio de 2017, *Confédération générale du travail* (CGT), así como contra la reforma laboral adoptada a finales de 2017, Reclamación nº 160/2018 *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière* (CGT-FO)). En términos similares se ha impugnado la realizada en Italia a través de dos reclamaciones, la nº 158/2017, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro* (CGIL) y la 159/2018, *Associazione Professionale e Sindacale* (ANIEF))

Les siguen de cerca las advertencias, entre otras, ya se ha informado del recurso a este órgano a los responsables gubernamentales de Bélgica si finalmente adoptan la modificación de las pensiones, por vulneración del principio de progresividad o de no regresión recogido en el art. 12.3 de la CSE, precepto fundamental, que en ese país se traduce por «*l'obligation de standstill*», adoptada para evitar un desmantelamiento social.

La realidad, como se apuntó al inicio, es insoslayable, las consecuencias de ignorarla ya son manifiestas y, lejos de desaparecer, se extienden. Los ciudadanos tienen reconocidos unos derechos que han de garantizarse en todo momento, más incluso en tiempos de crisis.

En el siglo XXI los Estados violan derechos sociales, es decir, derechos humanos y permanecen impasibles, la comunicación más reciente que ha recibido España en este sentido se sitúa en las Observaciones finales sobre el Sexto informe periódico que ha aprobado el Comité del PIDESC el 29 de marzo de 2018, en el que se le insta, entre otros aspectos, «(...) a que tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 2 y 12 del Pacto», indicación que ya se le realizó en las Observaciones emitidas el 6 de junio de 2012.

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de fuentes, nacionales e internacionales, que deben ser observadas en términos equivalentes, el progreso de un país se ha de medir atendiendo a ese parámetro, es decir, el respeto de los derechos reconocidos y sus garantías. La protección a diferentes niveles y su complementariedad se erige en el instrumento con el que organizarlas, en ausencia de la determinación de unos reales y efectivos objetivos comunes. Esta es, a mi modo de ver, la solución más apropiada, factible y conciliadora ante la lamentable situación analizada de discrepancias y, también incoherencias, entre los órganos que supervisan el respeto de los Tratados.

La paz, la democracia y el Estado Social deben ser recuperados y salir reforzados de la crisis y para ello la CSE es el instrumento fundamental para su consecución y, con ella, las interpretaciones del CEDS que, en suma, se dirigen a garantizar y hacer efectivas las condiciones básicas e inherentes a la dignidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- AKANDJI-KOMBÉ, J.F., «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, 2006, n.º 67
- AKRIVOPOULOU, C., «Greece: *Drittwirkung* and Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights», en AA.VV. (ed. Oliver, D. y Fedtke, J.), *Human Rights and the Private Sphere Vol 1: A Comparative Study*, UK, 2007, Routledge-Cavendish, https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2014_deo10_dp_series_8.pdf.
- ALGAVA, E. y VINCK, L., «L'organisation du temps de travail. Enquêtes Conditions de travail. Synthèse. Stat. Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques. 2015, n.º 12, http://dares.travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/synthese_stat_no_12_-_conditions_de_travail_vol.2_.pdf.
- ANTÓN GUARDIOLA, C., «TEDH. Sentencia de 30.06.2005, Bosphorus Airways, 45036/98– Derecho humanitario y Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2007, n.º 28.
- BAIRIOT, J.F., «Aperçu du droit de grève dans les pays voisins», 2015 (agosto), *Les Analyses du Centre Jean Gol*, pp. 1 a 7, <http://www.cjg.be/wp-cont/uploads/2014/01/2015-08-JFB-Droit-de-grève-dans-les-pays-voisins.pdf>.
- BARCELONA, LLOP, J., «Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas», documento de trabajo, 2006, n.º 103, http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-kOEUDE.pdf.
- «Los derechos colectivos en el ámbito de la policía local: libertad sindical, huelga y negociación colectiva», texto provisional de la intervención en el Seminari sobre relacions col.lectives, 2008 (noviembre), http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/Barcelona_Javier_derechos_colectivos_policia.pdf.
- BARTHÉLEMY, J., «Astreintes. Soumission non systématique. Possibilité de l'employeur de la remettre en cause dans le cadre de son pouvoir de direction (oui)», *Droit Social*, 2010, n.º 11.
- BASTERRA HERNÁNDEZ, M., *Tiempo de trabajo y tiempo de descanso*, Valencia, 2017. Tirant lo Blanch.
- BAYLOS, A. y CASTELLI, N., «Libertad sindical (artículo 5 de la Carta Social Europea), AA.VV. (Dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, 2017, Comares.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Las guardias localizadas «pueden» computar como «tiempo de trabajo» (caso Matzak)», Blog del autor *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 21 de febrero de 2018, <http://ignasibeltran.com/2018/02/21/las-guardias-localizadas-pueden-computar-como-tiempo-de-trabajo-caso-matzak/>.
- BRILLAT, R., «Evolución y consolidación del pacto europeo de democracia social», en AA.VV. (Dir. Terol Becerra, M. y Jimena Quesada, L.), *Tratado sobre protección de derechos sociales*, Valencia, 2014, Tirant lo Blanch.
- CHATTON, G., «La armonización de las prácticas jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales: una evolución discreta». *Revista de Derecho Político*, 2008, n.º 73.
- DE SCHUTTER, O., «L'adhésion de L'Union Européenne à La Charte sociale européenne (The Accession of the European Union to the European Social Charter)», Julio, 2014. <https://ssrn.com/abstract=2475754>.
- DUFROIS, N., FADIER, A. y MILLER, A., «Rapport annuel 2017 de la FRA: miroir d'une Union européenne en perte de vitesse sur les droits fondamentaux?», en *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 28 novembre 2017, consulté le 02 avril 2018. <http://journals.openedition.org/revdh/3516>, pp.5, 10 y 11.
- FINKENSIEPER, P., «The Role of Psychological Detachment and Negative Experiences in the Relationship between On-Call Work, Fatigue, and Recovery», 2016, Behavioural Science Institute, Radboud University Nijmegen https://www.innovatiefinwerk.nl/sites/innovatiefinwerk.nl/files/field/bijlage/finkensieper_philipp_-_masterthese.pdf.
- FITZPATRICK, B., «Approche comparée de la jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux et de la législation communautaire», en *La protection des droits sociaux fondamentaux en Europe par la Charte sociale européenne. Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne*, Direction générale des Droits de l'Homme, DG II en coopération avec le ministère du Travail et de la Politique sociale de Bulgarie et le Centre d'information et de documentation du Conseil de l'Europe en Bulgarie, Sofia (Bulgarie), 5-7 juillet 2000. *Cahiers de la Charte sociale*, 2001, n.º 11, Editions du Conseil de l'Europe.
- GALERA RODRIGO, S., «Consejo de Europa y Unión Europea: ¿complementariedad o superposición?. Las necesidades que derivan de la consolidación de un derecho público europeo?», Comunicación presentada al VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administra-

- tivo, Palma de Mallorca, 11 y 12 de febrero de 2011, file:///D:/Downloads/Galera%20Rodrigo.pdf.
- GARRIDO, V., «El futuro de los derechos humanos en la Unión Europea», AA.VV. *La integración europea y la transición política en España*, Fundación Faes, Madrid 2003.
- GONZÁLEZ DE RIVERA I SERRA, X., «Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales», en AA.VV. (Coord. FARGAS FERNÁNDEZ, J.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, 2016, Huygens.
- GRIMM, D., «The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case», *European Law Journal*, 2015, n° 4.
- «Redonner à l'Union européenne une base politique légitime. Quand le juge dissout l'électeur». *Le Monde Diplomatique*, Julio 2017, <https://search.proquest.com/docview/1914002014?accountid=14777>.
- GUINEA LLORENTE, M., «Las relaciones políticas del Consejo de Europa y la Unión Europea: cooperación, complementariedad y división del trabajo». En AA.VV. (FERNÁNDEZ-SÁNCHEZ, P.A.), *La Obra Jurídica del Consejo de Europa*, Sevilla, 2010. Gandulfo.
- HACHEZ, I., «Le Comité Européen des droits sociaux confronté à la crise financière grecque : des décisions osées mais inégalement motivées», *Revue de Droit Social*, 2014, n° 3
- JIMENA QUESADA, L., «Retos pendientes del Estado Social Español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2006, n° 2.
- *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. (Sistema de reclamaciones colectivas)*. Vol. I: 1998-2005, Valencia, 2007. Tirant lo Blanch.
 - «La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales». En AA.VV. (Dir. De LA OLIVA SANTOS A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012.
 - «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2012», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2012, n° 20.
 - *Jurisprudencia nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, 2013, Aranzadi.
- «El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea». *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, n° 29, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5607>.
 - «La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2014, n° 50.
 - «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2015», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2015, n° 26.
 - «Las sinergias entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales: reflexiones sobre relaciones institucionales, informales y humanas en homenaje a Josep Casadevall», en AA.VV. (Coords. López Guerra, L., Morte Gómez, C., Mengual i Mallol, A.M., y Cano Palomares, G.), *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. una visión desde dentro*, Valencia, 2015, Tirant lo Blanch.
 - «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2016», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2016, n° 30.
 - «La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio del *favor libertatis*», en AA.VV. (Coord. Fargas Fernández, J.), *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, 2016, Huygens.
 - «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, n° 30, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/442/429>.
 - *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch.
 - «La cuestión prejudicial europea ante planteamientos más que dudosos», *UNED, Teoría y Realidad Constitucional*, 2017, n° 39.
- JOHANSSON, A., «Astreintes: organisation et lieu d'exécution après la loi «Travail» et à la lumière du droit européen», *Droit ouvrier*, 2017, n° 824.
- KLAUSSERM N., «Expulsion illégale d'un étranger gravement malade: le juge des référés enjoint à l'Etat d'organiser son retour en France», *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, octubre 2016, <http://revdh.revues.org/2542>.
- KOUKIADAKI, A., «Article C», en AA.VV. (ed. Bruun, N., Lörcher, K., Shömann, I. and Clauwaert, S.), *The European Social Charter and the Employment Relation*. Oxford, 2017. Hart Publishing.

- LAPEYRE, J., «Le rôle de la Charte sociale européenne dans le processus d'élargissement de l'Union européenne: le point de vue de la Confédération européenne des syndicats (CES)», *européenne. Actes Conférence organisée par le Secrétariat de la Charte sociale européenne*, Direction générale des Droits de l'Homme, DG II en coopération avec le ministère du Travail et de la Politique sociale de Bulgarie et le Centre d'information et de documentation du Conseil de l'Europe en Bulgarie. Sofia (Bulgarie), 5-7 juillet 2000. *Cahiers de la Charte sociale*, 2001, n° 11. Editions du Conseil de l'Europe.
- LAULOM, S., «L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail: à propos des décisions du comité européen des droits sociaux», *Revue du Droit du Travail*, 2011, <https://www.dalloz.fr/documentation/lien?famille=revues&doctype=REVTRAV/CHRON/2011/0086>.
- LLOBERA VILA, M., *Derecho sindical y Gobernanza europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*. Albacete, 2018, Bomarzo.
- LÓPEZ DE LA FUENTE, G., «La reforma laboral italiana: un comentario tras las modificaciones esenciales introducidas por el «Jobs Act», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2017, n° 22.
- MARGUÉNAUD, J.P., MOULY, J. y NIVARD, C., «Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux», *Revue de droit du travail*, 2017, n° 1.
- MARTÍNEZ OTERO, J., «Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n° 14.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TOMÁS JIMÉNEZ, N., «Derecho de huelga (artículo 6 de la Carta Social Europea», en AA.VV., (Dir. Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa*, Granada, 2017, Comares.
- «Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, n° 45.
 - *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, 2017, Bomarzo.
- MOULY, J., «Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié devant le Comité européen des droits sociaux. Une condamnation de mauvais augure por la «reformé Macron», *Droit Social*, 2017, n° 9.
- NIVARD, C., «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012, <https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>.
- PERCHER, C., «Le plafonnement des indemnités de licenciement injustifié à l'aune de l'article 24 de la Charte Sociale Européenne révisée», *Revue de droit du travail*, 2017, n° 11.
- ROJO TORRECILLA, E., «La guardia domiciliaria y su posible consideración como tiempo de trabajo. Notas a la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2018 (asunto C-518/15)», Blog del autor *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 22 de febrero de 2018, <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/02/la-guardia-domiciliaria-y-su-posible.html>.
- ROMAN, D., «Le juge et la justice sociale», *Délibérée*, 2017, n° 2, <https://www.cairn.info/revue-deliberee-2017-2-p-6.htm>.
- SALAS PORRAS, «La libertad de asociación sindical y el derecho de huelga. Comentario a la Sentencia del TEDH de 21 de abril de 2015, asunto «Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna» (ER.N.E.) c. España», demanda núm. 45829/2009», *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 2016, n° 399.
- SALCEDO BELTRÁN, C., «Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales», *Democracy & Security Review*, 2015, n° 3, <http://www.democraziaesicurezza.it/Saggi/Inmigrantes-irregulares-y-derecho-a-la-asistencia-sanitaria-efectividad-de-las-garantias-internacionales-en-los-organos-judiciales>.
- *Negociación colectiva, conflicto laboral y Carta Social Europea*, Albacete, 2014. Bomarzo.
- SCHOMAN, I., *Le Monde Diplomatique*, noviembre 2014.
- STANGOS, P., «Les rapports entre la Charte Sociale Européenne et le droit de l'Union Européenne. Le rôle singulier du Comité Européen des Droits Sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, 2013, n° 2.
- «La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux», Conferencia impartida en Les rencontres d'automne AFDT sur *Les périmètres de l'Europe Sociale*, 8-9 septembre 2017. Université de Strasbourg, <https://rm.coe.int/intervention-petros-stangos-ce-dh-8-9-09-2017/1680743837>.

- SUPIOT, A., «Contribution à une analyse juridique de la crise économique de 2008», *Revue internationale du Travail*, 2010, n° 2, vol. 149.
- *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*. Paris, 2010, Seuil.
 - *Grandeur et misère de l'Etat Social*, Paris, 2013, Fayard.
 - *Grandeza y miseria del Estado Social* (traducción de Pedro A. Jiménez Manzorro y Javier Aristu Mondragón), *Informes Fundación Primero de Mayo*, 2014, n° 101, en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe101.pdf>
 - «Ni assurance ni charité, la solidarité», en *Le Monde diplomatique*, 2014, n° 728, <https://www.monde-diplomatique.fr/2014/11/SUPIOT/50963>
 - «Les voies d'une vraie réforme du Droit du Travail», en AA.VV. (Dir. Supiot, A.), *Au-delà de l'emploi. Nouvelle édition augmentée*. Paris, 2016, Flammarion.
 - «De la citoyenneté économique», en *Esprit*, 2018/3, <https://www.cairn.info/revue-esprit-2018-3-p-52.htm>.
- TIBERGHEN, F., «Les deux ordres juridiques européens, remparts contre les populismes?», *Après-demain*, 2017, n° 3 (43/NF), <https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2017-3-p-37.htm>.
- TSIMPOUKIS, C., «Some brief notes on decision n° 3220/2017 of Piraeus' single-member Court of first instance», *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, n° 2 (en prensa).
- VALDÉS DAL-RE, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*. Albacete, 2016. Bomarzo.
- VANDAMME, F., «La Charte Sociale Européenne et la politique d'emploi: aperçu des conclusions significatives (2016) du Comité Européen des Droits Sociaux». *Lex Social: revista de los derechos sociales*, 2017, n° 1.
- VÉRICEL, M., «Notion d'astreinte: astreintes mises en place par les salariés eux-mêmes – astreintes effectuées dans un logement de fonction», *Revue du droit du travail*, 2017, n° 2.
- «Astreintes: caractère substantiel des conditions légales de leur institution». *Revue de droit du travail*, 2017, n° 12.
- ZIEBERTZ, C. et altri, «The Relationship of On-Call Work with Fatigue, Work-Home Interference, and Perceived Performance Difficulties», *BioMed Research International*, 2015, article ID 643413, Behavior science institute, Radboud university, Netherlands, <http://dx.doi.org/10.1155/2015/643413>.

RESUMEN

Un gran número de países europeos se declaran en sus Constituciones como Estados sociales y democráticos de derecho o han insertado menciones que sitúan lo «social» en eje fundamental de su existencia y funcionamiento. En la actualidad, se puede afirmar, con carácter general, que se quedan en un plano teórico, no reflejándose en el práctico, como llevan constatándolo la mayoría de las organizaciones internacionales.

En ese sentido, destaca el Consejo de Europa, en concreto y subraya la referencia, el Comité Europeo de Derechos Sociales, encargado de la verificación del cumplimiento y respeto de la Carta Social Europea, la Constitución Social de Europa, el Tratado más importante e insisto «eficaz» existente en la actualidad para la defensa de los derechos sociales. Lamentablemente, esta identificación no es compartida, mostrando con cuatro ejemplos que el escenario internacional, lejos de estar coordinado y enriquecerse mutuamente, presenta incoherencias y tensiones, originadas en la resistencia a admitir esa realidad.

En particular, la UE y sus directrices o resoluciones a través de sus instituciones, son el primer supuesto que se analiza, respecto a la caracterización de los períodos de guardia localizada y las medidas de austeridad. La elección de estos dos temas se justifica, por un lado, en el interés que recientemente ha suscitado el primero, tras un pronunciamiento del TJUE, que no supone un giro jurisprudencial en la interpretación hasta ese momento mantenida. Y, por otro lado, si bien el segundo es más conocido por las decisiones de fondo que adoptó el CEDS en el año 2012, no lo es la última publicada a mediados de 2017, que presenta unas peculiaridades a valorar, entre otras, la participación en el procedimiento de la Comisión Europea para respaldar al país y la alegación, con la finalidad de evitar la condena, de justificar la restricción o supresión de derechos sociales en la preservación del orden público en una sociedad democrática.

La divergente resolución de los conflictos similares aludidos, en los que el CEDS, de nuevo, ha fijado un estándar de protección más elevado, conlleva la existencia de «dos Europas», con una convivencia complicada. Si esto es censurable, el problema se agudiza por la presencia de semejantes discrepancias en el seno del Consejo de Europa, entre el TEDH y el CEDS, explicada también con dos casos, el derecho de huelga del personal de la policía y, de nuevo, las reformas para hacer frente a la crisis. Esta situación interna es aprovechada y astutamente utilizada por las instituciones comunitarias y los Estados condenados, en los supuestos en que presentan puntos en común con el primero de ellos, para deslegitimar aún más la CSE y, por ende, a su órgano.

Con ello, el panorama internacional que se contempla, a mi modo de ver, es el de «tres Europas». La ausencia de uniformidad entre los tres organismos dificulta la construcción de una Europa social armonizada con estándares de protección equivalentes. En principio, es un objetivo a alcanzar, desprovisto de interés si se atiende a los asuntos referenciados.

Mientras esto continúe, la solución que se propone es la de aceptar la existencia de diferentes niveles de protección compatibles, complementarios y de inexcusable cumplimiento por todos los sujetos implicados. La oposición y rechazo a esto por parte de los responsables gubernamentales se debe superar en el ámbito judicial, resaltando la trascendental y ejemplarizante doctrina de la primera y segunda instancia judicial, fundamentada en la articulación jerárquica de las fuentes, el principio de *favor libertatis* y el control de convencionalidad.

Los progresos en este sentido son más que notables, no sólo en nuestro país, sino también en el resto, demostrando que, no sólo es factible, sino que, además, es la obligada y correcta ordenación de las normas, examinando los supuestos de España y Grecia.

En cuanto a la primera, se relata el estado de la cuestión desde que en el año 2013 se emitió la primera sentencia del orden jurisdiccional social que resolvió una demanda favorable con fundamento en un precepto del Tratado (art. 4.4 de la CSE) y la jurisprudencia emitida en torno a la delimitación de su contenido por el CEDS, específicamente por lo que se refiere a la duración de un año del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores. Lejos de estar ante un pronunciamiento aislado, le siguieron otras sentencias a lo largo de los años 2014 y 2015, no sólo en asuntos que abordaron el mismo conflicto sino también en otros, en concreto, la desvinculación de la revalorización pensiones atendiendo al índice de precios al consumo (art. 12.3 de la CSE) y la caracterización de las guardias localizadas como tiempo de trabajo (art. 2.1 de la CSE). En este sentido, de forma particularizada, se analiza la emitida en relación con el último tema (SJS nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015) como modelo de impecable y adecuado entendimiento de la materia, que, a pesar de su relevancia, ha tenido escasa repercusión.

Aunque algunos de los pronunciamientos de primera instancia han sido revocados por la siguiente, más remisa al reconocimiento del efecto «self-executing» de los Tratados y, mucho más, de la CSE, durante el año 2016 y principios del 2017 algunos Tribunales Superiores de Justicia han continuado la interpretación, fallando de forma categórica en cuanto a su vinculación, efecto directo, así como la consideración como «jurisprudencia» de los pronunciamientos del CEDS.

El artículo finaliza con el examen de la primera sentencia que en Grecia ha seguido la línea apuntada de nuestro país, la nº 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo, trascendental, histórica y sin precedentes al concluir de forma contundente que, tras la ratificación de la versión revisada, el despido sin causa es incompatible con el art. 24 de la CSE y, que, a partir de ese momento, los tribunales deberán, en cada supuesto que se les someta, verificar la existencia de un motivo y, en su ausencia, considerarlo como nulo y sin efectos por vulnerar la norma jerárquicamente superior.

Palabras clave: Derechos sociales; crisis; derecho internacional; Consejo de Europea, protección multinivel; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Unión Europea; jurisprudencia europea.

ABSTRACT A large number of European countries declare themselves in their Constitutions as social and democratic states of law or have inserted mentions that place the «social» as the fundamental axis of their existence and functioning. At present, generally speaking, they remain on a theoretical level, not reflected in the practical one, as most international organizations have noted.

In this regard, the Council of Europe particularly stands out and I stress the reference, the European Committee of Social Rights (ECSR), in charge of verifying compliance with and respect for the European Social Charter, the Social Constitution of Europe, the most important and, I insist, «effective» Treaty in force at present for the defence of social rights. Unfortunately, this identification is not shared, showing with four examples that the international scenario, far from being coordinated and mutually enriching, presents inconsistencies and tensions, originated in the resistance to admit that reality.

In particular, the EU and its guidelines or resolutions through its institutions are the first point being analysed, with respect to the characterization of periods of localized guard and austerity measures. The choice of these two issues is due, on the one hand, to the interest that the first has recently aroused, following a pronouncement by the CJEU which does not imply a jurisprudential turn in the interpretation maintained up to that moment. And, on the other hand, although the second one is better known for the fundamental decisions adopted by the ECSR in 2012, it is not the last one published in mid-2017, which presents some peculiarities to be valued; among them, the participation in the procedure of the European Commission to support the country and the allegation, in order to avoid conviction, to justify the restriction or suppression of social rights in the preservation of public order in a democratic society.

The divergent resolution of the aforementioned similar conflicts, in which the ECSR, once again, has set a higher standard of protection, entails the existence of «two Europes», with a complicated coexistence. If this is reprehensible, the problem is worsened by the presence of similar discrepancies within the Council of Europe, between the ECHR and the ECSR, also explained with two cases, the right to strike of police personnel and, again, the reforms to face the crisis. This internal situation is exploited and cleverly used by the community institutions and the condemned States in the cases in which they present points in common with the first of them to further undermine the European Social Charter and, therefore, its organ.

And with that, from my point of view, the international panorama is that of «three Europes». The lack of uniformity between the three organizations makes it difficult to build a harmonized social Europe with equivalent protection standards. In principle, it is an objective to achieve, devoid of interest if the referenced issues are addressed.

While this situation continues, the proposed solution is to accept the existence of different compatible levels of protection, complementary and inexcusable compliance by all the subjects involved. The opposition and rejection of it by part of government officials must be overcome in the judicial field, highlighting the transcendental and exemplary doctrine of the first and second judicial instance, based on the hierarchical articulation of the sources, the principle of *favor libertatis* and the conventionality control.

Progress in this regard is more than remarkable, not only in our country, but also in the rest, demonstrating that, not only is it feasible, but that, in addition, it is the obligatory and correct organization of the norms if the assumptions of Spain and Greece are examined.

With regard to the first, the state of affairs is reported since the first ruling of the social jurisdictional order was issued in 2013, which resolved a favourable claim based on a precept of the Treaty (art. 4.4 of the European Social Charter and the jurisprudence issued regarding the delimitation of its content by the ECSR, specifically regarding the one-year trial period of the support contract for entrepreneurs. Far from being an isolated pro-

nouncement, other judgements followed throughout 2014 and 2015, not only in matters that addressed the same conflict but also in others, specifically, the decoupling of pension reevaluation based on the consumer price index (art. 12.3 of the European Social Charter) and the characterization of the localized guards as working time (art. 2.1 of the European Social Charter). In this sense, the one issued in relation to the last topic (Judgement of the Social Court No. 3 of Barcelona of October 27, 2015) is particularly analysed as a model of impeccable and adequate understanding of the subject, which, despite its relevance, has had little impact.

Although some of the first instance pronouncements have been revoked by the following one, more remiss to the recognition of the effect «self-executing» of the Treaties and, much more, of the European Social Charter, during the year 2016 and early 2017 some Superior Courts of Justice have continued the interpretation, failing categorically in terms of their linkage, direct effect, as well as considering the pronouncements of the ECSR as «jurisprudence».

The article ends with the examination of the first sentence in Greece that has followed the pointed line of our country, No. 3220/2017 of the Court of First Instance of Piraeus, transcendental, historical and unprecedented to conclude forcefully that, after the ratification of the revised version, dismissal without cause is incompatible with art. 24 of the European Social Charter and that, from that moment on, the courts must, in each case submitted to them, verify the existence of a motive and, in its absence, consider it as null and void for violating the hierarchically superior norm.

Keywords: Social rights; crisis; international law, Council of Europe; multilevel protection; European Court of Human Rights; European Union; European jurisprudence.

Sinergias entre la Unión Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales

Synergies between the European Union and the European Social Charter, at the time of the European Pillar of Social Rights

PETROS STANGOS*,**

LA GÉNESIS DEL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES, EN EL CONTEXTO DE LAS RELACIONES ENTRE LA UNIÓN EUROPEA Y LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La pluralidad de ordenamientos jurídicos que se ocupan en Europa, desde hace mucho tiempo, de la protección de los derechos sociales de los individuos, va a la par de las múltiples interacciones que se observan entre los sistemas jurídicos considerados. Si la historia había contribuido decididamente a la fragmentación y la dispersión de la protección de los derechos en cuestión¹, las interac-

ciones (judiciales o normativas, espontáneas u ordenadas, directas o indirectas) entre los diferentes sistemas de protección constituyen, asimismo, un hecho de envergadura histórica. La articulación de los sistemas, que diseña una especie de cuarteto de protección de los derechos sociales, se (des)compone en los sistemas de la Carta Social Europea (CSE), la Unión Europea (UE), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y los órdenes constitucionales de los Estados del Viejo Continente (estos últimos deben concebirse como un todo, ciertamente poco coherente). El centro de gravedad del cuarteto está repleto de interacciones entre los dos primeros conjuntos legales anteriormente mencionados, la CSE y la UE. El alcance político (e histórico) de la relación entre ellos, que justifica, por otra parte, su meticuloso escrutinio en la presente contribución, radica en la paradoja de que las relaciones e interacciones en cuestión se nutren de sus funciones y objetivos opuestos, incluso contradictorios, cuando no rivales, asumidos por los actores de cada uno de los dos sistemas.

* Catedrático de Derecho de la UE y Titular de la Cátedra Jean Monnet «Protección de los derechos humanos en el orden jurídico europeo» en la Facultad de Derecho de Tesalónica (Grecia). Actual Miembro y ex Vicepresidente (2013-2016) del Comité Europeo de Derechos Sociales (Consejo de Europa). Las opiniones expresadas en el presente artículo sólo comprometen a su autor. Traducción del original francés por LUIS JIMENA QUESADA.

** Dedicado a la memoria de Lila, mi compañera de siempre.

¹ Para un balance de orden histórico de la protección de los derechos sociales en Europa, véase J.-F. FLAUS, «Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux», in J.-F. FLAUS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 89-91.

En efecto, para hacer frente a la creciente crisis económica y financiera que fue ganando terreno desde 2009, la UE se ha embarcado gradualmente, y con total conciencia, en un proceso de inmersión en los valores del «neo-

liberalismo»², cuya consecuencia es que le dio la espalda al modelo social europeo del que se había jactado dolorosamente a finales de la década de 1980; que dicta, a partir de ahora, políticas de rigor presupuestario o austeridad para todos sus Estados miembros (sean o no miembros de la Eurozona, hayan solicitado o no la asistencia financiera de sus pares con el objetivo de gestionar su sobreendeudamiento soberano y excesivos déficits públicos); que se ha convertido, en última instancia, en un factor de regresión social en toda Europa.

El impacto de las políticas nacionales de rigor presupuestario y de austeridad en la vida cotidiana y las trayectorias vitales de millones de personas en Europa se ha reformulado, desde los primeros años de la puesta en marcha de estas políticas, por profesionales del Derecho, como atentados frente a la garantía normativa e institucional de la autonomía individual de las personas para desarrollar la «buena vida» (de acuerdo con las consideraciones kantianas³) y, al mismo tiempo, como atentados frente a la encarnación del valor de «vivir juntos»; en otras palabras, como atentados frente a las prerrogativas por excelencia representadas por la normatividad de los derechos sociales. La CSE y el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que supervisa la aplicación de la Carta mediante, especialmente, el procedimiento de reclamaciones colectivas, se han convertido en las únicas instancias europeas, respectivamente normativa y jurisdiccional (o cuasi-jurisdiccional), que han puesto de manifiesto las infracciones de los derechos sociales como consecuencia de la adopción de las llamadas medidas nacionales de «crisis», deslegitimando así las decisiones adoptadas por la propia UE, las cuales se pre-

sentaban como sustrato político, más que jurídico, de las medidas nacionales denunciadas⁴,

⁴ Véanse, a este respecto, en primer lugar las decisiones del CEDS relativas al fondo de las reclamaciones formalizadas, en principio, contra Grecia, alegando la incompatibilidad con diversas disposiciones de la Carta Social de las medidas griegas de austeridad, cuyo número elevado se generó en razón del papel «pionero» (o de «laboratorio») jugado por dicho país en el ámbito de esas políticas: CEDS, décisions du 23 mai 2012 sur le bien-fondé des réclamations collectives (R.C.) n° 65/2011 et n° 66/2012 (*Fédération générale des employés des compagnies publiques d'électricité (GENOP/DEI) et Confédération des syndicats des fonctionnaires publics (ADEDY) c. Grèce*); CEDS, décisions du 7 déc. 2012 sur le bien-fondé des R.C. n° 76/2012 (*Fédération des pensionnés salariés de Grèce (IKA - ETAM) c. Grèce*), n° 77/2012 (*Fédération panhellénique des pensionnés de la Fonction publique (POPS) c. Grèce*), n° 78/2012 (*Syndicat des pensionnés des Chemins de fer électriques d'Athènes et de Pirée (ISAP) c. Grèce*), n° 79/2012 (*Fédération panhellénique des pensionnés de l'entreprise publique de l'électricité (POS-DEI) c. Grèce*) et n° 80/2012 (*Syndicat des pensionnés de la Banque agricole de Grèce (ATE) c. Grèce*); CEDS, décision du 23 mars 2017 sur le bien-fondé de la R.C. n° 111/2014, *Confédération générale grecque du travail (GSSE) c. Grèce*. Para un análisis del impacto de todas estas decisiones en la UE, véase P. STANGOS, «Les répercussions juridiques sur l'Union européenne des décisions du Comité européen des droits sociaux relatives aux mesures d'austérité de la Grèce», *Rev. trim. dr. h.*, n° 104/2015, pp. 909-939. El CEDS ha adoptado igualmente una posición crítica con respecto a las políticas nacionales de austeridad en el marco del procedimiento de examen de informes nacionales periódicos sobre la aplicación de la Carta: véase, a título de ejemplo, CEDS, *Conclusions XX-3, Espagne*, relativas a las medidas españolas que restringían el derecho a salarios justos. Más recientemente, el sindicato francés CGT formuló en fecha 28 de julio de 2017 dos reclamaciones colectivas contra Francia, que se inscriben asimismo en el registro de las reclamaciones que van contra las medidas nacionales «anticrisis»: una (n° 53/2017), en la que se alega que la ley nacional que autoriza la ordenación del tiempo de trabajo sobre la base de un período de entre una semana y tres años vulnera el derecho de los trabajadores a una remuneración justa; la otra (n° 155/2017), en la que se denuncia que la regla nacional conocida como «el trigésimo indivisible» prevista por la Ley 87-588 de 30 de julio de 1987 (significa que cualquier ausencia del servicio durante una fracción del día da lugar a una deducción salarial cuyo montante es igual a la porción indivisible de un trigésimo del salario mensual, tomando como referencia que cada mes es de 30 días), y que es aplicable a huelgas de menos de un día en la función pública, tendría en definitiva el propósito y el efecto de atentar injustificadamente contra el derecho de los empleados públicos a la huelga, en violación del art. 6 CSE revisada. En la misma línea se inscribe una reclamación colectiva formulada el 6 de octubre de 2017 por el sindicato italiano CGIL (la n° 158/2017, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro c. Italia*), mediante la que el sindicato reclamante

² A. SUIPIOT, «Qui garde les gardiens? La guerre du dernier mot en droit social européen», *Semaine sociale Lamy supplément*, 28 nov. 2016, p. 5.

³ Nos referimos a la consideraciones de Kant en sus *Fondements de la métamorphose des mœurs*, citados y comentados por G. HAARSCHER, «De l'usage légitime –et de quelques usages pervers– de la typologie des droits de l'homme», in . BRIBOSIA & E. HENNEBEL (dirs.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 30.

ya que ni en ese momento ni hasta ahora la UE ha sido Parte Contratante de la Carta, ni tiene la intención de serlo.

En estas circunstancias, resultaría ocioso formular como hipótesis que los sistemas de la UE y de la CSE mantienen entre ellos relaciones de cierre, de aislamiento recíproco y de falta de comunicación. Se supone que esta hipótesis no resiste la deconstrucción. Al mismo tiempo que el CEDS preconizaba (aunque indirectamente, y con precaución, ya que la UE no es una Parte Contratante de la Carta) un enfoque crítico en cuanto al papel desempeñado por la UE en la definición y aplicación de las políticas nacionales de rigor y austeridad presupuestarios alegadas ante él como no conformes con la Carta, apostaba por el establecimiento de relaciones de diálogo con la Unión. De hecho, el documento de trabajo titulado *Relaciones entre la legislación de la Unión Europea y la Carta Social Europea*, publicado por la CEDS el 15 de julio de 2014⁵, y elaborado en el marco del llamado Proceso de Turín, que, como se analizará con más detalle en el apartado 3, apunta a ubicar las relaciones de la Carta con la UE en el corazón de la «reactivación» del interés de los Estados Partes por la Carta, revela que el órgano de aplicación de la Carta había iniciado una comunicación directa con la Comisión Europea el 14 de marzo de 2013, es decir, tres meses después de que se tomaran una serie de decisiones del Comité sobre la incompatibilidad de las medidas nacionales «anticrisis» con la Carta⁶, en las que se había «resaltado el estado de contradicción entre los dos sistemas (...) constatado por el Comité en el marco del procedimiento de control de la aplicación de la Carta basado en las

denuncia la vulneración del derecho a la protección en caso de despido del art. 24 CSE revisada, por cuanto el Decreto-ley nº 23/2015 relativo a la protección aplicable a los asalariados del sector privado en caso de despido ilegal prevé un mecanismo de cálculo de la indemnización que establecería un tope desvinculado del perjuicio real sufrido por el trabajador o trabajadora.

⁵ Doc. accesible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806543cd>.

⁶ Cf. *supra*, nota 4.

reclamaciones colectivas durante el período 2010-2012»⁷.

Por otro lado, la crisis económica y financiera de 2009, que rápidamente se transformó en una crisis de la deuda pública tras los rescates bancarios masivos y los mayores requisitos de financiación para los sistemas nacionales de protección social, puso al desnudo la fragilidad de la Unión Económica y Monetaria (UEM): mientras que la UEM condujo a la adopción de la moneda única y se confió a una institución independiente (el Banco Central Europeo) para mantener un bajo nivel de inflación, no disponía en cambio de las herramientas para asegurar una convergencia significativa entre las políticas macroeconómicas de los Estados miembros. Por lo tanto, durante los años de la crisis, los responsables europeos de la toma de decisiones se han dado cuenta de que la convergencia económica no puede lograrse sin una fuerte dimensión social: se ha puesto en evidencia que, así como la interpretación de las libertades económicas no puede ignorar su impacto en los derechos sociales, tales impactos tampoco pueden ser ignorados por los instrumentos destinados a asegurar la convergencia de las políticas económicas dentro de la UEM⁸.

El Pilar Europeo de Derechos Sociales, elaborado en 2016-2017 e implementado por la Unión Europea a partir de noviembre de 2017, es el medio por excelencia para la integración de la dimensión social con el objetivo de convergencia económica en el seno de la UEM (en particular, en la zona euro)⁹. Es en el marco de la amplia consulta pública, organizada por la Comisión Europea en 2016 para la definición del Pilar, en donde el propio Consejo de Europa, como institución en la que tiene su campo

⁷ *Ibid.*, §2.

⁸ O. DE SCHUTTER & P. DERMINE, «The Two Constitutions of Europe: Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union», *European Journal of Human Rights*, nº 2017/2, p. 78.

⁹ El texto del Pilar se encuentra accesible en <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13129-2017-INIT/fr/pdf>.

de actuación el CEDS, se ha comprometido a construir las relaciones de la Carta Social con la Unión sobre una base renovada con respecto a las bases definidas en la comunicación original del Comité con la UE en 2013. Se ha operado por tanto un salto cualitativo en este ámbito, reflejado en la *Opinión sobre la iniciativa de establecer un Pilar Europeo de Derechos Sociales por la Unión Europea*, emitido en nombre del sistema de la CSE por el Secretario General del Consejo de Europa el 2 de diciembre de 2016¹⁰.

En esencia, la Opinión del Secretario General tiene como objetivo «colocar la Carta Social Europea en el corazón del Pilar Europeo de Derechos Sociales», para contribuir «al establecimiento de un círculo virtuoso de crecimiento compartido y sostenible, impidiendo al mismo tiempo el círculo vicioso del *dumping social*», teniendo presente la convicción de que «lo que resultará de ello será una Europa que no solo sea más próspera, sino también más solidaria y unida»¹¹. La parte dispositiva de la Opinión sostiene que, en primer lugar, «las disposiciones de la Carta Social Europea revisada están formalmente integradas en el Pilar Europeo de Derechos Sociales como referencia común para la garantía de estos derechos» y, en segundo lugar, que «el procedimiento de reclamaciones colectivas, basado en el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que establece un Sistema de Reclamaciones Colectivas, sea reconocido por el Pilar Centro Europeo de los Derechos Sociales por su contribución a la realización efectiva de los derechos de la Carta, así como al reforzamiento de las democracias inclusivas y participativas»¹².

La Opinión del 2 de diciembre de 2016 se completa con una exposición de motivos. En ella se vislumbra el lema que predomina en la reflexión del alto dignatario del Consejo de

Europa: se trata de una «sinergia» entre la Carta y el Pilar, que persigue la «colocación» de la primera en el «corazón» del segundo¹³. El término se repite varias veces en el documento. A mayor abundamiento, ello ha suscitado la atención de la doctrina, siendo absorbido por los títulos y los contenidos de contribuciones en el coloquio internacional *Cambiando la perspectiva: los derechos sociales como remedios a las crisis europeas*, organizado bajo los auspicios del Consejo de Europa en Estrasburgo, el 2 de junio de 2017¹⁴.

El enfoque de las relaciones entre la UE y la Carta Social en clave de «sinergia», en la medida en que dicho término se explica (por el *Petit Robert*, por ejemplo) como la «asociación de varios factores que concurren a un mismo fin», apela a un compromiso activo por parte de cada uno de los dos sistemas afectados, con objeto de crear un efecto global (la protección de los derechos sociales), el cual lógicamente no podría producirse si cada sistema hubiera funcionado aisladamente.

El objeto y finalidad de la presente contribución consiste en identificar los elementos de reflexión que encarnan esta renovación del enfoque en las relaciones entre la Carta y la Unión. El análisis en los tres próximos apartados se centrará en aclarar el impacto susceptible de ser proyectado por ese nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales, sin descuidar en cambio el tratamiento de las interacciones «clásicas» entre los dos sistemas normativos, vistas desde el punto de vista de las interacciones, entrecruzamientos e influencias recíprocas¹⁵.

¹³ Véase el § 41 de la Exposición de motivos.

¹⁴ Las actas del Coloquio se encuentran publicadas bajo la dirección de F. BENOIT-ROHMER et al., in <https://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>. Véase, en particular, S. ROBIN-OLIVIER, «Les perspectives d'une synergie européenne», pp. 65-75, así como C. NIVARD, «Les droits sociaux et le Conseil de l'Europe», pp. 6-19.

¹⁵ Para un balance detallado de las interacciones entre la UE y la CSE, véase, además del documento de trabajo de 2014 del CEDS (*supra*, note 5), P. STANGOS, «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa

¹⁰ Doc. accessible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806dd0bd>.

¹¹ *Ibid.*, p. 4

¹² *Ibid.*

LA PROPOSICIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA PARA LA INCORPORACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA AL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

La idea del Secretario General del Consejo de Europa de sugerir la incorporación pura y simple de la CSE al Pilar Europeo de los Derechos Sociales podría catalogarse como parte de las tipologías doctrinales sobre las interacciones clásicas entre diferentes sistemas normativos, que consiste en la denominada «internormatividad de hecho»¹⁶. La práctica de préstamos entre un conjunto normativo y otro, o incluso la imitación o el mimetismo durante la redacción de textos internacionales o supranacionales, constituyen, a nivel europeo en particular, moldes conceptuales forjados por la historia y se vuelven explícitos –y explicables– por referencia al paso de una Europa a otra. Si bien la construcción de Europa se inició separando la Legislación del mercado del Derecho de los derechos humanos, con el tiempo los tratados constitutivos de la integración acabaron incorporando los derechos humanos: este fue el caso de incorporación (indudablemente bajo la autoridad de la jurisdicción comunitaria) en la legislación de la UE del CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). ¿Por qué, entonces, no puede ser así con respecto al «pariente» del CEDH en el campo de los derechos sociales, es decir, la CSE (aunque esta vez se tratara de un movimiento realizado bajo la autoridad de otros órganos supranacionales)?

La idea de esta incorporación no era ajena al compromiso asumido por la UE, en virtud del Memorando de Entendimiento entre la UE y el Consejo de Europa en 2007, que consiste en que aquella «*considera al Consejo de Europa como la fuente paneuropea de referencia*

para los derechos humanos», y que «*las normas pertinentes del Consejo de Europa se citarán como referencia en los documentos de la Unión Europea*», y «se garantizará la coherencia de la legislación de la Unión Europea con los convenios pertinentes del Consejo de Europa»; además, en los términos de este acuerdo, ambas partes se comprometen a «(...) basar su cooperación en los principios de indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, el respeto de los estándares definidos en la materia por los textos de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa (...) y la preservación de la cohesión del sistema de protección de los derechos humanos en Europa»¹⁷.

Ninguna de las explicaciones subyacentes en la sugerencia de incorporación de CSE al Pilar es por ende incompatible con la motivación explícita de la incorporación propuesta: esta última, en efecto, «favorecerá la realización concreta de los derechos sociales en Europa»; también apoyará «el cumplimiento efectivo de los derechos sociales por parte de los Estados interesados»¹⁸.

Al poner el acento en la efectividad de los derechos sociales, la Opinión del 2 de diciembre 2016 venía de algún modo a contrapesar la posición de aquellos que, desde el inicio de la consulta pública sobre el Pilar, negaban todo interés para que el Pilar adquiriese la calidad de un instrumento con fuerza vinculante¹⁹; para ellos, lo importante era que, a través de una filigrana en cuanto al concepto clave de la eficacia, hubiera una coincidencia entre el pa-

¹⁷ Véanse los §§ 16, 17 y 19 del Memorando de Acuerdo, accesible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168045bc99>.

¹⁸ Véase el § 41 de la Exposición de motivos de la Opinión de diciembre de 2016.

¹⁹ Parece ser que hacia mediados del año 2017, es decir, después del final de la consulta pública sobre el contenido del Pilar, y en el marco tanto de la Comisión Europea como del Consejo de la UE (del COREPER, en particular), los partidarios de la vía de no dotar al Pilar de un estatuto de acto vinculante fueron ganando terreno frente a aquellos que hacían valer la necesidad de un compromiso jurídico claro en la materia: véanse las informaciones proporcionadas por *Europe Daily Bulletin*, n° 11828, 12.7.2017 y n° 11860, 13.9.2017.

jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, 2013, n°2, pp. 319-393.

¹⁶ M. DELMAS-MARTY, «Le pluralisme ordonné et les interractions entre ensembles juridiques», accesible en http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf, pp. 2-3.

trón normativo del comportamiento y las conductas reales de los destinatarios de la norma. De hecho, cualquier discusión sobre la eficacia de las normas jurídicas, específicamente sobre los estándares de los derechos sociales, tiene como corolario el residenciar la validez del derecho no tanto en la lógica de su propia construcción (su inversión, por ejemplo, a través de fuentes formalmente jurídicas), sino en su realización social.

Por otro lado, el poner el énfasis en la efectividad de los derechos sociales apuntaba, por el contrario, a denunciar –siquiera implícitamente– un estado de ausencia de efectividad de los derechos en cuestión, el cual ponía el foco de atención no tanto en el ámbito de la UE, sino en el sistema de la Carta. Además, si retomamos la hipótesis según la cual, para la Opinión de 2 de diciembre de 2016, la ineficacia de los derechos sociales se observaba dentro de la Unión²⁰, seguiría sin respuesta la pregunta acerca de en qué medida los derechos sociales garantizados por el CSE saldrían ganando... en efectividad, si se fueran incorporados a un espacio normativo –el de la UE– en cuyo marco los derechos sociales ya garantizados por él se ven aquejados de una falta... de efectividad. De todo lo cual se desprende que este reconocimiento implícito de las fallas del sistema de protección de los derechos sociales consagrado en la CSE podría resultar perjudicial para la imagen y la credibilidad del órgano aplicador de la Carta, el CEDS, el cual, en condiciones objetivas que son jurídica y políticamente difíciles, se esfuerza por asegurar, a través de sus decisiones de fondo de resolución de reclamaciones colectivas, la efectividad de los derechos sociales garantizados por la Carta.

Ya no es menester insistir en el hecho de que, a diferencia del TEDH, que adopta decisiones finales sobre litigios sometidos su jurisdicción (art. 44 CEDH), el CEDS no pone fin al

procedimiento de examen de una reclamación colectiva formulada a través de la decisión de fondo que emite, ya que esa decisión debe formar parte –según los términos del Protocolo adicional a la Carta de 1995 sobre el sistema de reclamaciones colectivas– de un «informe» presentado al órgano político del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, que respalda la decisión del CEDS poniendo cierre al procedimiento mediante la adopción de un acto no vinculante (de una «resolución» del Comité de Ministros en el supuesto de que el CEDS declare la conformidad con la Carta, o de una «recomendación» en caso de declaración de no conformidad²¹). Pese a todo, al estar dotado según el propio Protocolo adicional de 1995, de un «monopolio» de la interpretación jurídica de las disposiciones de la Carta en el marco de la apreciación de la conformidad o no de las situaciones nacionales denuncias mediante una reclamación colectiva²², el CEDS ha sabido consolidar la efectividad de los derechos garantizados por la Carta, tanto a través de las mejoras procedimentales que ha ido consolidando, como mediante la permanencia de la calidad de las decisiones que adopta sobre el fondo de las reclamaciones. A la primera tipología pertenecen las normas de funcionamiento del procedimiento de reclamaciones colectivas, que ha incorporado en su Reglamento y sus Métodos de trabajo, que le permiten «decir el Derecho» para cada reclamación en virtud de un procedimiento cuasi jurisdiccional (consagración del principio de distinción entre el examen de la admisibilidad y el fondo, principios rectores del procedimiento como el principio de contradicción, el formato de las decisiones –las cuales están se estructuran

²¹ Arts. 8 y 9 del Protocolo adicional de 1995.

²² «Monopolio» de interpretación (y de aplicación a nivel europeo) de la CSE, no únicamente en el sentido consagrado por el art. 2 del Protocolo adicional («La Carta contiene compromisos jurídicos de carácter internacional cuya aplicación queda sometida solamente al control establecido (...) en las disposiciones del presente Protocolo»), sino también en los términos del Informe explicativo del Protocolo, el cual precisa, en su §46, que «El Comité de Ministros no puede poner en entredicho la apreciación jurídica dada por el Comité (...)» en su decisión sobre el fondo de la reclamación.

²⁰ Para una reciente discusión sobre el particular véase LINXIN HE, «Les droits sociaux fondamentaux et le droit de l'Union européenne», *RTDEur*, enero-marzo 2018, pp. 25-44.

con la exposición de los hechos y el procedimiento, el Derecho pertinente, los argumentos de las partes, la apreciación del Comité y su decisión, votos particulares de los miembros, discrepantes o concordantes—, la posibilidad de adoptar medidas inmediatas, etc.).

Además, la aplicación efectiva de los derechos sociales convencionalmente garantizados se ve reforzada, en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, por la interpretación teleológica de todas sus disposiciones; por el enriquecimiento de su contenido normativo con significados importados de otros instrumentos jurídicos internacionales para la protección de los derechos humanos, en particular del CEDH; por la interpretación estricta de las restricciones aplicadas a los derechos sociales, es decir, por su comprensión «*de una manera que deja intacta la esencia del derecho y permite alcanzar el objetivo general de la Carta*»²³. En cuanto a la aplicación concreta, efectiva e inmediata de las disposiciones de la Carta, se garantiza como resultado de la apreciación del CEDS el hacer hincapié en que los derechos deben estar garantizados por la ley y no solo quedar reflejados en la práctica administrativa y, correlativamente, que la aplicación conforme de una disposición no puede lograrse por el mero efecto de la legislación si la aplicación de ella no es efectiva y rigurosamente controlada en la práctica²⁴. Además, esa aplicación se ve garantizada por la estricta supervisión de las condiciones en las que la realización de ciertos derechos consagrados por la CSE puede considerarse progresiva,

gradual en el tiempo: por lo excepcionalmente complejo y costoso, las medidas adoptadas por el Estado para alcanzar los objetivos de la Carta deben cumplir los criterios de un plazo razonable, un progreso ponderable y una financiación que optimice de la mejor manera los recursos susceptibles de ser movilizadas; por añadidura, los Estados también deben estar particularmente atentos al impacto de las opciones hechas por ellos sobre los grupos cuya vulnerabilidad es mayor²⁵.

Ciertamente, no parece que el autor de la Opinión del 2 de diciembre de 2016 desconociera la dedicación y el empeño del CEDS en la efectividad de los derechos sociales; de lo contrario, no habría procedido en la exposición de motivos a un elogio de la Carta como «*un tratado europeo dedicado enteramente a los derechos sociales, extenso y completo*», que, en la medida en que sirva como punto de «*anclaje*» de la «*dimensión social de la Unión*» (por su incorporación al Pilar), «*favorecerá la cohesión social, un crecimiento social sostenible y, sobre esta base, una mayor adhesión de los ciudadanos de la Unión al proceso de construcción europea*»²⁶. Tales elogios, cuando emanan de la doctrina, no resultan en absoluto sorprendentes²⁷. Sin embargo, cuando se ponen en boca de autoridades que ocupan puestos oficiales relevantes, es probable que susciten comentarios irónicos; esto sucedió con la caracterización de la Carta, por el propio Comité, en su decisión de fondo sobre una reclamación, como «*(...) el tratado que se ha convertido [a través de su aplicación e interpretación por el CEDS], en Europa, en el más importante para los derecho*

²³ CEDS, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (F.I.D.H.) c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 8 sept. 2004, § 29.

²⁴ Véanse, significativamente, CEDS, *Commission Internationale des Juristes (C.I.J.) c. Portugal*, réclamation n° 1/1998, décision sur le bien-fondé du 9 sept. 1999, § 32, CEDS, *Syndicat National des Professions du Tourisme c. France*, réclamation n° 6/1999, décision sur le bien-fondé du 10 oct. 2000, § 26, CEDS, *Confédération Française d'Encadrement c. France*, réclamation n° 16/2003, décision sur le bien-fondé du 12 oct. 2004, §§ 35-28, CEDS, *Organisation mondiale contre la torture c. Irlande*, réclamation n° 18/2003, décision sur le bien-fondé du 7 déc. 2004, § 64.

²⁵ Para una decisión reciente en este terreno véase CEDS, *F.I.D.H. c. Belgique*, réclamation n° 75/2011, décision sur le bien-fondé du 18 mars 2013, §§ 147-151.

²⁶ Véase §46, A, ii de de la Exposición de motivos, *supra* citado, nota 17.

²⁷ Así lo entiende, por ejemplo, C. NIVARD, para quien el CEDS se ha convertido en un «*preciado defensor*» de los derechos sociales en Europa (C. NIVARD, «*Le Comité européen des droits sociaux, gardien de l'Etat social en Europe ?*», *Civitas Europa*, 2014, n° 33, p. 102), cuyo trabajo contribuye a una «*afirmación intransigente de los derechos sociales*» (C. NIVARD, *supra*, nota 14, p. 13).

fundamentales de la infancia»²⁸; y que mereció la crítica de la doctrina de que «no se puede excluir que [el CEDS] considere también un día que la Carta es el tratado más perfeccionado en el mundo para garantizar la protección de los derechos sociales en general»²⁹.

Carece de importancia ignorar o no si los redactores del Pilar trataron empáticamente, durante sus consultas de oficio, la propuesta para la incorporación de la CSE al Pilar y las motivaciones que en ello concurrían. El hecho es que, mientras los veinte «principios y derechos básicos» en los que se descompone el Pilar y que se dividen en tres grandes temas (igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo, condiciones laborales justas y protección e inclusión sociales), desde el punto de vista de su temática se vinculan con disposiciones del CSE tanto en su versión original de 1961 como en la versión de 1996 de la Carta Social Europea revisada (CSER)³⁰, ninguno de ellos viene a hacer explícitos los enunciados o el lenguaje específico de la Carta. Por lo demás, el Pilar ha dedicado una única referencia a la Carta Social (a la versión original de 1961 y no a la revisada de 1996), en su tercer considerando, en términos que no se distancian en absoluto de los utilizados por el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE): «*de conformidad con el artículo 151 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (...) la Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, (...) deben tener como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una*

protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones»³¹.

La indiferencia la UE no únicamente con respecto a la Opinión del Secretario General del Consejo de Europa, sino también con relación a la propia Carta Social Europea, se corrobora con tan solo reparar en que, aunque el Pilar afirma que «*los principios y derechos*» que consagraba «*reafirman derechos consagrados en el acervo jurídico internacional*» (como también en el acervo de la Unión³²), se había limitado realmente a incorporar del acervo internacional una parte solamente de las disposiciones de la CSE, la cual lógicamente forma parte integrante de este acervo³³. De hecho, el Pilar deja fuera de sus disposiciones derechos como el que protege contra la pobreza (corresponde al art. 30 CSER), u otro que apunta a la familia como objeto de protección (corresponde al art.16 CSE), o el derecho a la elevación progresiva del sistema de Seguridad Social a un nivel superior (que corresponde al art. 12§3 CSE), el derecho al nivel más alto

³¹ Cf. l'art. 151 TFUE, según el cual «*La Unión y los Estados miembros, teniendo presentes derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 1989, tendrán como objetivo el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones*». Véase asimismo el 16º considerando del Pilar, en donde, haciéndose eco del art. 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que consagra el principio de aplicación del derecho más favorable («favor libertatis») del CEDH, se establece que la CSE de 1961 pertenece, nominalmente, a los instrumentos jurídicos internacionales con respecto a los cuales el Pilar no deberá «*interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación (...)*».

³² COMMISSION EUROPEENNE, *Communication (sur) la mise en place d'un socle européen des droits sociaux*, COM(2017)250 fin, 26.4.2017, p. 7.

³³ *Ibid.*, p. 6, en donde se establece que el Pilar se apoya en un «sólido corpus legislativo» que existe también «*a nivel internacional*», del cual forma parte la CSE de 1961.

²⁸ CEDS, *Défense des Enfants International c. Pays-Bas*, réclamation n° 47/2008, décision sur le bien-fondé du 20 oct. 2009, § 26.

²⁹ J.-P. MARGUENAUD, «Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu», *Revue de droit public*, 2011, n°3, pp. 689-690.

³⁰ Véase *infra*, nota 50.

y más estable posible para el logro del pleno empleo (correspondiente al art. 1§2 CSE), así como los derechos vinculados a la especificidad del mundo laboral como la parte débil de la relación capital-fuerza de trabajo, que es fundamental para la reproducción social: el derecho a fundar y pertenecer (o no pertenecer) a sindicatos (corresponde al art. 5 CSE), el derecho a la negociación colectiva y el derecho de huelga (correspondientes, respectivamente, a los arts. 6§§1-3 y 6§4 CSE) y el derecho de los representantes de los trabajadores a la protección en la empresa (corresponde al art. 28 CSE).

Algunos se verán tentados de argumentar inmediatamente que, especialmente con respecto a la última gama de derechos sociales, su exclusión del campo del Pilar era inevitable, sobre todo porque, incluso si estos derechos forman parte del acervo jurídico internacional, no pertenecen en cambio al acervo de la Unión: el TFUE estipula que el derecho de huelga, el derecho de cierre patronal y el derecho de asociación, así como los salarios, están excluidos de la tipología de las competencias sociales de la UE (art. 153§5 TFUE³⁴). Una réplica a este enfoque consistiría en esgrimir que el Pilar, no obstante, efectúa una selección de las áreas que están excluidas de las competencias sociales de la UE, puesto que dedica el n.º 6 de sus «principios y derechos» a los «salarios». Consideramos que lo que se excluye del Pilar como un acervo (hipotéticamente, en última instancia) de la Unión no tiene nada que ver con lo que forma realmente parte del acervo jurídico internacional, es decir, para decir con los derechos consagrados por las arts. 5, 6 y 28 de la CSE.

En efecto, lo que verdaderamente forma parte del acervo de la Unión, en particular en el ámbito de la negociación y la acción colectivas, no es el derecho a la negociación colectiva tal como se desprende del art. 6 CSE

como derecho cuya «fundamentalidad» reside en su susceptibilidad a quedar limitado por las condiciones establecidas por el art. G de la CSER³⁵ (dicha disposición prevé que las restricciones a los derechos garantizados por la Carta son legítimas sólo si están prescritas por la ley, perseguir un objetivo legítimo y son necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los demás o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública y las buenas costumbres), sino un derecho «cuasi-fundamental» a la negociación y la acción colectivas; es decir, un derecho cuya fundamentalidad se aprecia en función de su capacidad para superar el examen, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de su ponderación con las libertades económicas consagradas en el Tratado.

En este sentido, vale la pena recordar la Sentencia de 2010 del TJUE en el caso de la *Comisión Europea c. Alemania*³⁶, que versó sobre la conformidad, a la luz del Derecho de la UE que consagra la realización de la libertad de establecimiento y la prestación de servicios en un marco de competencia abierta a nivel de la Unión, de un reglamento nacional que autorizaba a los interlocutores sociales a designar por convenio colectivo a un organismo responsable de la aplicación de los elementos de protección social de los empleados. El Tribunal de Justicia, si bien reconoce que el derecho de negociación colectiva es un «derecho fundamental» [basado en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE –CDFUE–, en el art. 6 CSE y en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989)], al ubicar esta afirmación como continuación –pero en un tono más– de su sentencia emblemática de 2007

³⁵ Véase la decisión fundamental o «de principio» a este respecto, en CEDS, *Conclusions X-1 (1987)*– Norvège.

³⁶ TJUE (gran sala), sentencia de 15 julio 2010, asunto C-271/08 y observaciones de J.-Ph. LHERNOULD, in *Liaisons Sociales Europe*, n.º 258/2010, pp. 2-3.

³⁴ Cf. l'art. 4§2 TFUE, que cataloga la política social entre las competencias compartidas de la UE para «los aspectos definidos en el presente Tratado».

dictada en el caso *Viking* («aunque el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, incluido el derecho de huelga, debe ser, por tanto, reconocido como derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia, su ejercicio puede ser sometido a ciertas restricciones»)³⁷, llega a la conclusión de que la reglamentación social controvertida había roto el equilibrio buscado con las libertades económicas, que son inherentes a los procedimientos de contratación pública, sobre la base de los límites establecidos en detrimento del derecho social en cuestión (prácticamente ordenando la derogación pura y simple de la reglamentación social, debido a su disconformidad de las directivas sobre contratación pública). Efectivamente, para el Tribunal de Justicia, «el carácter fundamental del derecho a la negociación colectiva y la finalidad social [del acuerdo] apreciada en su conjunto no pueden implicar, por sí mismos, que las empresas municipales eludan automáticamente las obligaciones derivadas en las Directivas 92/50 y 2004/18, que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de los contratos públicos»; en efecto, «el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva debe conciliarse con las exigencias derivadas de las libertades protegidas por el TFUE que, en este caso, las Directivas 92/50 y 2004/18 pretenden aplicar, y con el principio de proporcionalidad», con lo que el Tribunal finalmente rechazó con firmeza la idea según la cual sería «inherente al propio ejercicio de la libertad de los interlocutores sociales y del derecho a la negociación colectiva la vulneración de las directivas que dan aplicación a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en el ámbito de la contratación pública»³⁸.

³⁷ TJCE (gran sala), sentencia de 11.12.2007, *Viking Line ABP*, asunto C-438/05, apartado 44.

³⁸ TJUE, sentencia *Commission c. Allemagne*, *supra*, nota 36, apartados 41, 44 y 47.

LA REALIDAD DE LAS OBLIGACIONES CONTRADICTORIAS QUE PESAN SOBRE LOS ESTADOS A TENOR DEL DERECHO DE LA UE Y DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA, A LA BÚSQUEDA DE LA NORMALIZACIÓN

Un abuso del lenguaje del Pilar se pone de manifiesto al final del apartado anterior en cuanto –prácticamente– al cúmulo de los acervos (externo a la Unión e interno) en materia de negociación y acción colectivas, sobre los que se supone que el Pilar debe basarse, y a los que el Pilar apunta también apunta como objetivos para «completar teniendo en cuenta las nuevas realidades», o incluso «hacerlas más visibles, más comprensibles y más explícita para los ciudadanos y los actores sociales»³⁹. El lenguaje del Pilar es abusivo, ya que difícilmente oculta el hecho de que, sobre los Estados miembros de la UE, que son al mismo tiempo Partes Contratantes de la Carta Social, se proyectan normas contradictorias procedentes del Derecho de la UE (en este caso, tal como lo ha elaborado el propio TJUE) por un lado y, por otro lado, la Carta Social. La contradicción entre las obligaciones que pesan sobre los Estados en el campo de los derechos sociales va más allá del mero tema de la negociación y la acción colectivas. Se trata de un hecho generalizado que, habiendo sido ya puesto de manifiesto repetidamente tanto por el CEDS como por la doctrina, se verá sobredimensionado por la implementación del Pilar. Como se discutirá inmediatamente, se trata de un hecho que la Opinión del Secretario General del Consejo de Europa de diciembre de 2016 intentó tratar de manera temprana y, al mismo tiempo, acertada

Debe señalarse, en primer lugar, que el Pilar, aunque se encuentre disperso en varias fuentes formales (está contenido, al mismo tiempo, en una recomendación de la Comisión Europea, una declaración interinstitucional y

³⁹ Véase el 14º considerando del Pilar Europeo de Derechos Sociales, así como la Comunicación de la Comisión Europea de 2017, *supra*, nota 31, p. 8.

una declaración de los Jefes de Estado y de los Gobiernos de la UE⁴⁰), no obstante se encuentra «concentrado» en su naturaleza no obligatoria. El Pilar no es más que una «señal política» para la «Europa social del futuro», que servirá de guía para la adopción, bajo la alta mirada de la Comisión Europea, en principio por parte de los Estados miembros en el marco de la sus políticas nacionales sociales y de empleo llevadas a cabo en el marco de la convergencia, actos destinados a implementarlo⁴¹. Además de la falta de fuerza vinculante, el Pilar promueve una niebla jurídica e institucional con respecto a su aplicación: a pesar de la determinación del Tratado en cuanto a la distribución de las competencias sociales entre la Unión y los Estados miembros⁴², el Pilar aboga por la «responsabilidad compartida» (entre la UE y los Estados miembros) en esta materia⁴³, así como por una nivelación de la tipología de los actos que materializarán los compromisos políticos asumidos en virtud del Pilar: los actos vinculantes (reglamentos, directivas, decisiones) coexistirán, en la lista de actos que se utilizarán, con todo tipo de actos atípicos (recomendaciones, declaraciones, planes de acción, acciones de apoyo, ayudas a los Estados, etc.).

Se supone que la «vaguedad» que rodea el estatuto y los parámetros jurídicos del Pilar dan pie para una una lectura económica de los derechos sociales, lo cual se produce, como ya hemos anunciado, dentro del marco restringido de la zona euro. Se trata de garantizar

la convergencia económica desde arriba y el rendimiento social de los Estados miembros. Los términos utilizados por la Comisión en este tema son elocuentes: los desafíos que están en juego en el Pilar «*tienen un significado específico para la realización de la Unión Económica y Monetaria de Europa, como se puso de relieve en el Informe de los cinco presidentes de junio de 2015. No se trata solo de una necesidad social, sino también de un imperativo económico. El empleo y las condiciones sociales varían considerablemente dentro de la zona del euro, en parte como resultado de la crisis, pero también como consecuencia de los desequilibrios acumulados en los años anteriores. Como señala el informe, unos mercados de trabajo eficientes y resilientes, que promuevan un alto nivel de empleo y sean capaces de absorber choques sin generar desempleo, son esenciales para el buen funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria. Con el tiempo, contribuyen también a la convergencia de resultados entre Estados miembros y a unas sociedades más inclusivas*»⁴⁴. Haciéndose eco de estas motivaciones, un «cuadro de mando social»⁴⁵ deberá permitir medir el «rendimiento social» de las políticas macroeconómicas, fiscales, sociales y de empleo, aunque los doce indicadores seleccionados por la Comisión Europea parezcan deficientes: ningún indicador, de hecho, se ocupa de los salarios o de los convenios colectivos. El economicismo así exhibido acerca de la justificación de los derechos sociales encuentra su apogeo con las palabras del Presidente del Ejecutivo Europeo, que «quiere que Europa tenga la “Triple A’ social: la “Triple A’ social es tan importante como la “Triple A’ económica y financiera»⁴⁶.

⁴⁰ La declaración institucional del Pilar fue firmada, por ejemplo, por los representantes de la Comisión Europea, del Consejo y del Parlamento Europeo, así como la declaración «intergubernamental», que fueron adoptadas en la Cumbre de la UE dedicada a las cuestiones sociales, celebrada en Gotemburgo el 17.11.2017.

⁴¹ Véase, en este sentido, COMMISSION EUROPEENNE, *Document de réflexion sur la dimension sociale de l'Union*, COM(2017)206 fin, 26.4.2017, p. 3.

⁴² Cf. *supra*, nota 33, y el texto correspondiente. Para un análisis de dicho repartoc competencial, véase L. JIMENA QUE-SADA, *Social rights and policies in the European Union. New challenges in a context of economic crisis*, PUV, Valencia, 2016, pp. 27 ss.

⁴³ Véase el 17º considerando del Pilar.

⁴⁴ Comunicación de la Comisión Europea de 2017, *supra* citada, nota 32, p. 5.

⁴⁵ Véase en COMMISSION EUROPEENNE, *Document de travail des services de la Commission (sur la mise en place du socle européen des droits sociaux)*, SWD(2017)201 fin, 26.4.2017, p. 2.

⁴⁶ Manifestaciones emitidas por el Presidente del Ejecutivo Europeo ante el Parlamento Europeo bastante antes de la invención del Pilar, el 22 de octubre de 2014, citadas por S. FERNANDEZ, «Göteborg et le socle européen des droits sociaux : vers un “Triple A social” ?», in <http://institutdelors.eu/publications/>

Mientras que menos de un año después de la proclamación del Pilar, éste comenzó a «traducirse en actos» como un «marcador de mando» dentro de la Eurozona⁴⁷, permanece intacto el tipo de problemas que la Opinión del Secretario General del Consejo de Europa del 2 de diciembre de 2016 quería resolver (sin duda, a largo plazo, pero en el marco del funcionamiento del Pilar) como otra vertiente de sus propuestas. Se trata de proposición diferente a la –desafortunada– de la incorporación de la CSE en el texto del Pilar, menos visible que esta última, en el sentido de que no formaba parte del *corpus* material de la Opinión, sino de su Exposición de motivos. Consistió en sugerir a la Unión Europea que «contribuya a la protección de los derechos sociales fundamentales en Europa promoviendo directamente la ratificación de la Carta Social europea revisada por los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho o –para los que ya lo hayan hecho– favoreciendo la aceptación de un número mayor de disposición y7o la aceptación del Protocolo sobre reclamaciones colectivas»⁴⁸.

La propuesta no es del todo original. Se toma del documento de trabajo preparado por el CEDS en 2014⁴⁹ en el marco del Proceso de Turín, al que hemos hecho alusión en el apartado anterior. Se trata de un proceso de deliberación entre los Gobiernos de los Estados Partes en la Carta, que comenzó efectivamente en octubre de 2014, con una conferencia de alto nivel sobre la Carta, que, al igual que el primer «impulso» del interés en la Carta para su adaptación a las exigencias políticas y eco-

nómicas a inicios de la década de 1990⁵⁰, apunta a un nuevo «impulso» que en esta ocasión se centra en las relaciones de la Carta Social con la UE. De hecho, la profundización de las relaciones UE-CSE figuraba como parte de la motivación central de la Conferencia («*La decisión de celebrar una conferencia de alto nivel dedicada a la Carta vino motivada por la convicción de que este tratado fundamental del Consejo de Europa tuvo que hacer frente a una serie de retos importantes que afectan a la eficacia de su aplicación y que requieren decisiones de los Estados Partes, de los órganos políticos del Consejo de Europa y, en cierta medida, de la Unión Europea*»)⁵¹.

En cuanto al documento de trabajo del CEDS de 2014, que fue el origen de la propuesta de la Exposición de motivos de la Opinión de 2016, mantenía, en primer lugar, que «(...) la Unión podría alentar a sus Estados miembros a armonizar sus compromisos, en particular, ratificando todos ellos la Carta revisada y aceptando, asimismo todos ellos, todas las disposiciones de la Carta más estrechamente relacionadas con las disposiciones del Derecho de la Unión y las competencias de la Unión. Se pueden mencionar, entre otros, los arts. 4§3 (igualdad de remuneración para mujeres y hombres) o 2§1 (duración razonable del trabajo)»; añadía que «(...) el compromiso de todos los Estados de la Unión en torno al procedimiento de reclamaciones colectivas también contribuiría a una toma en consideración más equilibrada de la Carta Social entre los Estados miembros de la Unión, desvaneciéndose de tal suerte la diferencia existente actualmente entre los que han aceptado dicho procedimiento y los que todavía no lo han aceptado»,

goteborg-et-le-socle-europeen-des-droits-sociaux-vers-un-triple-a-social/.

⁴⁷ Se trata del ejercicio 2012 del proceso presupuestario del «Semestre europeo», que comprende las relaciones país por país y un análisis económico detallado para 12 Estados miembros de la Eurozona, y que se ha basado, por primera vez, en los datos compilados en el «cuadro de mando social», tales como el acceso al mercado, las condiciones de trabajo equitativas, la protección social. Para más información al respecto, véase *Europe Daily Bulletin*, n° 11976, 8.3.2018.

⁴⁸ Véase §28 de la Exposición de motivos.

⁴⁹ Véase *supra*, nota 5.

⁵⁰ Recordemos que el «impulso» de los años 1990 había conducido, de un lado, a la conclusión del Protocolo adicional de 1995 relativo al sistema de reclamaciones colectivas y, de otro lado, a la conclusión de la Carta revisada en 1996.

⁵¹ Toda la documentación de la Conferencia de Alto Nivel de 2014, así como la producida en numerosos otros actos inscritos en el mismo proceso que se han venido realizando desde entonces hasta la actualidad, se encuentran disponibles en <https://www.coe.int/fr/web/turin-european-social-charter/turin-process>.

concluyendo que «(...) *la consideración de la Carta por parte del legislador de la Unión (Comisión, Consejo y Parlamento) sería idónea para garantizar que cualquier nuevo texto del Derecho de la Unión refuerce la convergencia de los dos ordenamientos jurídicos*»⁵².

La propuesta solemne de la incorporación de la Carta al Pilar, si se aprobara, correría el riesgo de hacer perder a la Carta su dinamismo subyugándola a la instrumentalización de los derechos sociales en el contexto de la economía de la zona euro, promovida por el Pilar, ya que, de hecho, el CEDS no tendría título de competencia para detener, mediante sus decisiones, semejante instrumentalización. En contra de este punto de vista, la propuesta contenida en la Exposición de motivos defendió la integridad normativa de la Carta. Lo que debe entenderse por integridad de la Carta no radica sino en los poderes que ella misma se otorga —en especial a través del funcionamiento del procedimiento de reclamaciones colectivas— como instrumento jurídico impregnado de la lógica de la protección de los derechos humanos, efectivo y vivo, consagrado a los valores que la inspiran (dignidad, autonomía, igualdad y solidaridad), y cuyas las disposiciones «no son un fin en sí», sino, muy por el contrario, «de aplicación concreta e inmediata»⁵³. El autor de la propuesta la había formulado, tal vez, como una «alternativa» a la sugerencia solemne de la incorporación, propugnando, debido al tiempo en que se hizo la propuesta (incluso antes del proceso de finalización del Pilar a través de su proclamación solemne), la consa-

gración de una función del Pilar supeditada a los objetivos perseguidos en el contexto de la Eurozona.

Lo que es original en la propuesta de la Exposición de motivos consiste en la argumentación que la acompaña. Se inicia con la constatación según la cual la «*falta de coherencia en la aceptación de las disposiciones de los instrumentos de la Carta Social Europea por parte de los Estados miembros de la Unión Europea es evidente*», para a renglón seguido advertir que el Tribunal de Justicia, al verse confrontado a esta situación «*vacila a la hora de integrar los derechos fundamentales garantizados por la Carta Social Europea, y la interpretación que de ella efectúa el CEDS, en los principios generales del Derecho de la UE*», de donde se desprende la siguiente «*paradoja inquietante*»: en ausencia de una «recepción material» de la CSE por el ordenamiento jurídico de la UE, el CEDS «no puede presumir que las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones derivadas del Derecho de la UE son automáticamente compatibles con las disposiciones de la Carta Social Europea»⁵⁴.

La primera de las situaciones objetivas relacionadas con la Carta Social, que surge de la reseñada argumentación presente en la Exposición de motivos, es la de la aceptación de las disposiciones de la CSE conocida como «a la carta». El citado dispositivo permite a los Estados, bajo ciertas condiciones, elegir las disposiciones que pretenden aceptar como obligaciones en virtud del Derecho internacional. De esta manera, cualquier Estado contratante puede, en el momento de la ratificación, adaptar su compromiso internacional al nivel alcanzado por la protección legal de los derechos sociales en su sistema jurídico interno. Sin embargo, la Carta alienta explícitamente a los Estados Partes, a través de su participación «a la carta», a avanzar en la aceptación de todas las disposiciones del tratado, con el objetivo de «consolidar» su adhesión a todos «los valores

⁵² Véanse §§83, 84 y 86 del documento. Cabe señalar que en ese documento no se aborda en absoluto la cuestión de la incorporación de la Carta Social a acto alguno de la UE; por el contrario, sí que figuraba en él una proposición que, de alguna manera, apuntaba a preservar, tal como evocaremos a continuación en nuestro texto, la integridad normativa de la Carta; dicha proposición consistía en la «*definición de una especie de "núcleo comunitario" en el seno [de las disposiciones?] de la Carta*», con la única finalidad de «*dar indicaciones precisas a los Estados miembros de la Unión (...)*», que son Partes Contratantes en la Carta, en lo que afecta a la aplicación por su lado de las disposiciones convencionales.

⁵³ CEDS, *F.I.D.H. c. France*, réclamation n° 14/2003, décision sur le bien-fondé du 8 septembre 2004, § 27.

⁵⁴ Véanse §§ 23 y 24 de la Exposición de motivos.

comunes de solidaridad, no discriminación y participación» y para «autorizar la aplicación de los derechos reconocidos por la Carta con la misma eficacia en todos los Estados miembros del Consejo de Europa»⁵⁵. Los 28 Estados miembros actuales de la UE forma parte del «sistema» de la Carta con diferencias en los compromisos asumidos: ocho Estados están obligados por la Carta de 1961 y veinte por la Carta revisada de 1996. Al margen de dos Estados, Francia y Portugal, que han aceptado todos los párrafos de la CSER, los otros Estados han aceptado un número menor de disposiciones en el marco de las dos versiones de la Carta. Ahora bien, los catorce Estados miembros de la UE que han aceptado el Protocolo de 1995 que prevé un sistema de reclamaciones colectivas (de los quince que lo han suscrito) constituyen la abrumadora mayoría de las Partes Contratantes que han aceptado este Protocolo (la otra Parte Contratante es Noruega).

Esa falta de uniformidad en la aceptación de las disposiciones de la Carta por parte de los Estados miembros de la UE es reveladora de inconsistencias. Una de ellas tiene que ver con el hecho de que, para la protección de ciertos derechos sociales fundamentales, algunos de los Estados miembros de la UE que han decidido no participar en el marco de la Carta, por el contrario están llamados a ejecutar, en aplicación del Derecho de la Unión Europea, actos jurídicos comunitarios cuyo contenido se corresponde en todo o en parte con el contenido normativo de una disposición de la Carta no aceptada. Por ejemplo, este es el caso del art. 2§1 (derecho a una duración razonable del tiempo de trabajo diario y semanal), que no ha sido aceptado por tres Estados Miembros en virtud de la Carta revisada de 1996 y por un Estado Miembro en virtud de la Carta de 1961, mientras que tales Estados se encuentran vinculados por la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Lo mismo cabe predicar del art. 8§2 (derecho de toda trabajadora a no ser

despedida durante el período de embarazo), que no es aceptado por un Estado miembro en virtud de la Carta revisada de 1996 y por cuatro en virtud de la Carta de 1961, mientras que todos estos Estados están obligados por la Directiva 92/85/CEE sobre la protección de la salud y la seguridad de las trabajadoras durante los períodos de embarazo, posparto y lactancia. Ello sucede igualmente en el caso del art. 19§4 (trato nacional de los trabajadores migrantes en materia de remuneración y otras condiciones laborales), que no es aceptado por seis Estados miembros en virtud de la Carta revisada de 1996 y por tres en virtud de la Carta de 1961, mientras que todos estos Estados están sujetos a las Directivas 2004/113/CE, 2002/73/CE, 2000/78/CE y 2000/43/CE sobre diversos aspectos del principio de no discriminación, lo mismo que ocurre a propósito del art. 29 de la Carta revisada de 1996 (derecho de los trabajadores a la protección en caso de despidos colectivos), que no es aceptado por tres Estados miembros, además de los ocho Estados miembros que no están sujetos a la Carta revisada.

La otra situación objetiva que se desprende de la referida Exposición de motivos consiste en la jurisprudencia del CEDS que responde a la pregunta (cuestión planteada en el contexto de algunas reclamaciones colectivas por los gobiernos demandados) sobre si la legislación interna que se denuncia por incumplimiento de la Carta, porque se adoptó en ejecución de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE (y, además, debido a que sería conforme con el Derecho comunitario), debería por ello mismo declararse por el Comité como conforme con la Carta Social. El Comité, primero en dos decisiones idénticas de 2010 sobre el fondo de las reclamaciones formuladas contra Francia porque la legislación nacional, que aplicaba una de las primeras directivas europeas en el ámbito de la organización del tiempo de trabajo, violaba una serie de disposiciones de la CSER (arts. 11 sobre el derecho al trabajo, 2 sobre el derecho a condiciones justas de trabajo y 3 sobre el derecho a la seguridad y

⁵⁵ CEDS, *Conclusions 2006*, Introduction générale, p. 10.

la higiene en el trabajo)⁵⁶, ha intentado hacer valer la lógica jurídica que prevalece, en circunstancias supuestamente similares, en las relaciones entre el Derecho de la UE y el CEDS, enmarcadas por la jurisprudencia del TEDH, en particular, en la bien conocida sentencia *Bosphorus*⁵⁷.

En ambas decisiones, el Comité, retomando una fórmula utilizada en las decisiones sobre reclamaciones anteriores según la cual no le corresponde evaluar la conformidad de las situaciones nacionales con una directiva de la UE ni evaluar la conformidad de dicha Directiva con la Carta, sino sencillamente evaluar si la situación nacional es conforme con la Carta Social (lo que incluye la transposición de una Directiva de la Unión Europea en el derecho interno susceptible de obstaculizar la aplicación de la Carta), «tomó nota» del razonamiento del TEDH sobre la presunción de conformidad de la legislación de la UE con el CEDH, el cual secundado por el Tribunal de Estrasburgo cada vez que dispone de pistas ofrecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la protección de los derechos fundamentales según el método de los principios generales del Derecho comunitario, relativo al lugar predominante en el ordenamiento jurídico de la UE de los derechos civiles y políticos garantizados por el CEDH⁵⁸. Ahora bien, de esta referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo, el CEDS ha extraído una consecuencia inversa, al adoptar un veredicto de no presunción de compatibilidad, en general, del Derecho social comunitario con la Carta: *«El Comité considera que no resulta del lugar de los derechos sociales en el orden jurídico de la Unión Europea, ni de los procedimientos de elaboración del Derecho derivado a respecto, que tal presunción pueda establecerse, incluso de manera*

*refutable, en términos de conformidad de los textos jurídicos de la Unión Europea con la Carta Social Europea»*⁵⁹.

Sin embargo, el Comité se reservó posteriormente un tratamiento más claro y coherente de la suerte (lamentablemente, siempre en declive) de la jurisprudencia social comunitaria a la luz de la Carta Social. Esto se produjo a propósito de la decisión de 2013 sobre el fondo de la reclamación presentada por sindicatos suecos contra Suecia, por cuanto la legislación nacional, adoptada para cumplir con la sentencia del TJUE en el asunto *Laval*, violaría los arts. 4 (derecho a una remuneración justa), 6 y 19§4 (disposiciones mencionadas anteriormente sobre negociación colectiva y protección de trabajadores migrantes) de la CSE⁶⁰. Pues bien, mientras que la sentencia *Laval* del TJUE⁶¹ se inscribe en la lógica jurídica de las sentencias del propio Tribunal de Justicia que hacen prevalecer las libertades económicas sobre los derechos de negociación y acción colectivas⁶², el CEDS, con su decisión de 2013, confirmó la no presunción de compatibilidad con el Carta Social Europea del Derecho social la UE tal como se había dicho en 2010, no solo enfatizando (si bien hablando una vez más en términos generales) una especie de «incompatibilidad estructural» del Derecho social de la UE con la Carta (*«El Derecho de la Carta y la legislación de la UE son dos sistemas jurídicos diferentes y los principios, reglas y obligaciones que forman la segunda no coinciden necesariamente con el sistema de valores, principios*

⁵⁶ Véase CEDS, décisions du 22 juin 2010 sur le bien-fondé de la R.C. n° 55/2009, *Confédération Générale du Travail (C.G.T.) c. France* et de la R.C. n° 56/2009, *Confédération Française de l'Encadrement (C.F.E.-C.G.C.) c. France*.

⁵⁷ TEDH, sentencia de 30 junio 2005, *Bosphorus Hava Yolları Tutizim ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlanda*, Rec., 2005-VI.

⁵⁸ Véanse las dos decisiones *supra*, nota 56, respectivamente §§ 33-34 y §§ 30-31.

⁵⁹ *Ibid*, respectivamente § 35 y § 32. Para una discusión sistemática sobre esta cuestión, véase STANGOS, *supra*, nota 15, especialmente pp. 367 ss.

⁶⁰ CEDS, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, réclamation n° 85/2012, décision sur le bien-fondé du 3 juill. 2013.

⁶¹ TJCE (gran sala), sentencia de 18 diciembre 2007, *Laval unPartneri Ltd*, asunto C-341/05.

⁶² Cf. *supra*, nuestras observaciones *in fine* del apartado 2 del presente trabajo.

y derechos consagrados en el primero»⁶³), sino, sobre todo, incluyendo la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia –en este caso, la sentencia *Laval*– entre las pruebas o índices que el CEDS toma en consideración para llegar a la conclusión de que corresponde a él evaluar negativamente la conformidad, con respecto a la Carta, de la legislación adoptada en ejecución de la jurisprudencia comunitaria. En efecto, sobre este último punto, el Comité dictaminó que el principio de su propia jurisprudencia según el cual le corresponde evaluar si una situación nacional es conforme con la Carta en caso de transposición de una directiva de la UE en el Derecho interno, también vale para las disposiciones nacionales adoptadas con base en las sentencias del TJUE «como en el caso *Laval*», concluyendo que le corresponde a él, «en última instancia, juzgar la conformidad de una situación nacional en virtud de la Carta, en particular cuando las modificaciones introducidas en las disposiciones del Derecho interno a raíz de las decisiones del TJUE puedan afectar a la aplicación de la Carta»⁶⁴.

EL PAPEL CENTRAL Y ANHELADO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN VIRTUD DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

A través de estas pocas decisiones que hemos citado en los apartados anteriores, sobre la aplicación de los derechos sociales en el seno de los sistemas normativos de la UE y de la CSE por parte de sus respectivos órganos competentes, resulta sin embargo fácil de comprender la importancia del fenómeno de la carga que soportan los Estados, participantes en ambos sistemas, al asumir obligaciones contradictorias. El «itinerario» recorrido para llegar a la conclusión de tales

obligaciones comienza con la yuxtaposición de estándares similares en materia de protección de uno u otro derecho social; es posible que la legislación que supuestamente vulnera los estándares de los dos sistemas sea la misma o diferente en cada uno de los sistemas; y dicho itinerario termina con el hecho de que se imponen obligaciones (divergentes o incluso contradictorias) a los Estados denunciados por las decisiones de cada uno de los dos órganos de los dos sistemas, que concluyen a favor de la violación alegada. Refiriéndonos a las decisiones que hemos citado, ya se ha dicho que la sentencia del TJUE de 2010 en el caso *Comisión Europea c. Alemania* concluyó que la legislación social interna sobre el derecho a la negociación colectiva vulneraba las Directivas de la UE en el sector de la contratación pública, a través de un análisis jurídico que se apartaba de la concepción predominante sobre las restricciones que pueden imponerse al ejercicio de este derecho en el contexto de la CSE. Por parte del CEDS, su decisión de 2013 adoptada en el llamado caso «anti-Laval» había declarado la violación por la legislación nacional sueca de las arts. 6 y 19§4 de la CSER (disposiciones *supra* mencionadas), mientras que la sentencia *Laval* del TJUE excluía expresamente que una organización sindical intente obligar de forma coercitiva a un prestador de servicios establecido en otro Estado miembro a entablar negociaciones con él sobre cuestiones tales como las indicadas en el art. 19§4 CSE (salarios, condiciones laborales, derecho sindical).

Las sentencias del Tribunal de Justicia y las decisiones sobre el fondo de las reclamaciones del CEDS, a pesar de que emanen de órganos fundamentalmente diferentes en términos de los poderes que ostentan y del ejercicio de éstos, comparten la característica común de estar investidos de una autoridad absoluta de cosa interpretada; esto obliga a todos los destinatarios de los actos a cumplir con la regla jurisprudencial enunciada, que se incorpora a la disposición interpretada; el efecto vinculante de la norma interesada determina,

⁶³ CEDS, décision du 3 juill. 2013, *supra*, § 73.

⁶⁴ *Ibid*, §§ 72 y 73.

entonces, la fuerza vinculante de la interpretación jurisprudencial⁶⁵.

Dado su poder regulador, estas sentencias y decisiones, cuando se distancian entre sí en un tema determinado, ponen en tela de juicio el derecho de las personas a la seguridad jurídica y, por qué no, dicho sea de paso, también el derecho de los Estados a llevar a cabo políticas sociales y de empleo consecuentes y coherentes. La solemne propuesta del Secretario General del Consejo de Europa, de 2 de diciembre de 2016, de incorporar la Carta Social Europea al Pilar Europeo de Derechos Sociales, tuvo como objetivo corregir esta situación mediante la «uniformización», de alguna manera, del Derecho aplicable en Europa para la protección de los derechos sociales. La propuesta pasó desapercibida para los redactores del Pilar. Prácticamente, como portadora de la vocación de la Carta Social de ser un instrumento para la protección de los derechos humanos, no era «compatible» con lo que hemos llamado la «tendencia hacia una instrumentalización» de los derechos sociales en el marco de la Eurozona, que el Pilar prefiguró en el momento de la formulación de la propuesta. La propuesta «alternativa» del Consejo de Europa, que ha sido objeto de exhaustiva discusión en el apartado anterior, es más apropiada para corregir la problemática de las obligaciones *distantes* de los Estados europeos en materia de protección de los derechos sociales. Su objetivo es crear algún tipo de «interacción ordenada» entre la UE y la CSE, confiando al Tribunal de Justicia la tarea de alinear su jurisprudencia social con la forma en que los derechos sociales consagrados en la CSE son interpretados y aplicados por el CEDS. Para el autor de la propuesta, la condición que se requeriría para que el Tribunal de Justicia se embarque en este camino radicaba en la «movilización» de la Unión Europea, para que todos los Estados miembros se adhieran a la Carta Social Europea Revisada, todos acepten

el mayor número posible de disposiciones convencionales y todos se adhieran al Protocolo Adicional de 1995 sobre el procedimiento de reclamaciones colectivas. Además, dado que el lema de la Opinión de diciembre de 2016 era la sinergia que debía garantizarse entre la Carta Social y el Pilar para la protección de los derechos sociales en Europa, se concibió una verdadera sinergia entre los dos conjuntos normativos como complemento de la movilización de la UE a favor de aceptar la CSER y el Protocolo adicional por todos los Estados miembros, en el sentido de que el otro elemento del «tándem» —el CEDS— contribuiría a la normalización de la situación presumiendo, en lo sucesivo, la compatibilidad del Derecho social de la Unión con la Carta.

No obstante, la expectativa de que una vez que todos los Estados miembros de la UE se adhieran a la CSER y al Protocolo sobre reclamaciones colectivas, el Tribunal de Justicia sentirá la necesidad de utilizar la Carta Social como una fuente de inspiración para proteger cualquier derecho social como principio general del Derecho de la UE, deriva sin duda de un conocimiento deficiente del lugar que el Tribunal de Justicia ocupa en el juego jurídico en el marco de la construcción europea. Es cierto que el vínculo previsto no estuvo exento de antecedentes similares en la historia de la consagración de los principios generales del Derecho de la UE. De hecho, a mediados de los años 1970, el Tribunal de Justicia había confiado en que todos los Estados miembros de la Comunidad de los Nueve en aquel momento se adhiera al protocolo adicional al CEDH que consagraba el recurso individual ante el TEDH, para entonces empezar a continuación a utilizar el CEDH como fuente de inspiración para la protección de los derechos civiles y políticos bajo la «coraza» de los principios generales del Derecho comunitario⁶⁶. Ahora bien, el voluntarismo así

⁶⁵ En lo que atañe especialmente al CEDS y al potencial juego que revisten sus interpretaciones de la Carta, véanse nuestras observaciones *supra*, nota 22.

⁶⁶ Francia fue el último Estado miembro de la Europa de los Nueve que se adhirió, en junio de 1974, al Protocolo adicional al CEDH relativo al recurso individual, lo que permitió al Tribunal de Justicia, algunos años más tarde, en su sentencia *Hauer*, abandonar su referencia de antaño según la cual «los

mostrado por el juez comunitario no consistía solamente en que él «diga el Derecho» y juegue un papel creativo en este ámbito, sino en que a través de tal proceder fuera él quien estructura el diálogo entre el propio Tribunal de Justicia y el otro actor principal del juego jurídico comunitario, el juez nacional. Este último, feroz defensor del Estado de Derecho que se encuentra dentro de las fronteras nacionales, apuntó a la proyección de esta ley fundamental a nivel de la construcción europea; el juez comunitario ha adoptado esta visión originaria del juez nacional proclamando la «Comunidad de Derecho», una parte integrante de la cual radicaba precisamente en la protección de los derechos civiles y políticos como principios generales del Derecho comunitario, inspirándose –con el fin de establecer la normatividad de los derechos en cuestión– no solamente en el CEDH como «Derecho (constitucional) común» de todos los Estados miembros, sino también en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.

Como consecuencia de esto, para que el Tribunal de Justicia utilice la Carta Social como una fuente de inspiración para la protección de los derechos sociales bajo la cobertura de los principios generales del Derecho de la UE, no resulta suficiente que todos los Estados miembros de la UE se adhieren a la Carta Social Europea revisada y al Protocolo adicional de 1995 sobre reclamaciones colectivas. A decir verdad, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales, es difícil imaginar que el órgano jurisdiccional nacional, por feroz defensor que –también– sea del Estado Social dentro de las fronteras nacionales, proyecte este otro principio fundamental del Derecho a nivel de Europa, buscando en el juez de la

Unión su propia contribución a la construcción de una Europa social como complemento del Estado Social; como elemento de articulación del ordenamiento jurídico de la Unión con la legislación nacional, de diálogo y de cooperación entre los principales actores jurídicos de ambos lados de la integración de Europa (el lado supranacional y el lado nacional)⁶⁷. Las razones de esta impotencia del juez nacional para actuar de tal modo se explican por el hecho de que ante él tiene en frente ahora un juez de la Unión, convencido desde hace mucho tiempo de que la Europa social es, en el mejor de los casos, un paliativo conveniente ante los excesos de su relato mercantilista⁶⁸.

Debe recordarse que se trata de un órgano jurisdiccional, para el cual el *dumping* social y el ejercicio del derecho de los trabajadores a emprender negociaciones y acciones colectivas se consideran meras excepciones al régimen de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, trasladando la carga de la prueba a la persona que los invoca. En la sentencia *AGET Iraklis* de 2016, si bien se dice que el mero hecho de que un Estado miembro establezca que los proyectos de despidos colectivos deben notificarse primero a una autoridad nacional con poderes de supervisión que le permitan, «en determinadas circunstancias», oponerse a tal proyecto por razones relacionadas con la protección de los trabajadores y el empleo no puede ser contraria a la libertad de establecimiento, también se dice que no forma parte de tales «circunstancias»: la existencia en un Estado miembro de una crisis económica aguda y una tasa de desempleo particularmente elevada, porque la Directiva sobre despidos colectivos, adoptada en 1998 –

instrumentos internacionales que se refieren a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido pueden (...) proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del Derecho comunitario» (véase, por ejemplo, la sentencia *Nold* de 14.5.1974, asunto 4/73, apartado 12), llegando a expresar co mayor concreción y calificando como tal «instrumento internacional» el CEDH (sentencia *Hauer* de 13.12.1979, asunto 44/79, apartado 17).

⁶⁷ Un caso interesante de puesta en entredicho, por el juez interno (español), de las relaciones del Derecho nacional con el Derecho de la UE en un ámbito en el que se aplicaba también la CSE, es destacado por C. SALCEDO BELTRAN, «La réception du droit anti-crise du Comité européen des droits sociaux en Espagne : regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole», *Lex social* (file:///C:/Users/user/Downloads/1189-3319-1-SM.pdf), vol.5, n.1/2015.

⁶⁸ A. BAILLEUX, «Les récits judiciaires de l'Europe», *Revue de l'Union européenne*, 2018, p. 9.

es decir, en una época de bonanza económica en Europa—, no lo prevé⁶⁹. El juez de la Unión es, además, el que está en el origen de una jurisprudencia tan opuesta: cuando algunas sentencias promueven los derechos de la persona trabajadora en algunos ámbitos —salud, por ejemplo⁷⁰—, otras dan pábulo en el mismo terreno a retrocesos tanto más difíciles de admitir cuanto que no parecen estar justificados por ninguna necesidad imperiosa.

Tal es el caso de la sentencia *Maio Marques da Rosa* de 2017, la cual (en aplicación de la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que se basa totalmente en el derecho a la salud y la seguridad de los trabajadores, al tiempo que la propia Directiva permite a todos los trabajadores disfrutar de un período de descanso ininterrumpido mínimo de 24 horas, más 11 horas de descanso diario, durante un período de siete días) reconoció un amplio margen de apreciación a los Estados, mediante el cual ha privado al trabajador de la garantía de poder beneficiarse de un período mínimo de descanso a más tardar el séptimo día siguiente a los seis días consecutivos de trabajo, sustituyendo esta garantía por la protección que ofrece la Directiva sobre el descanso diario y el tiempo de trabajo semanal máximo⁷¹. En la sentencia *Jessica Porras Guisado* de 2018, el Tribunal de Justicia interpretó de forma estricta la Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, declarando que una decisión de despido tomada durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad, por razones no relacionadas con el estado de

embarazo de la trabajadora no es contraria a la Directiva si el empleador proporciona por escrito motivos fundados para el despido y el despido de la interesada está permitido por la legislación del Estado miembro de que se trate. Todo esto fue ordenado por el Tribunal de Justicia, como si no fuera el propio legislador quien motivó la adopción de la Directiva al considerar que «el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia y que es conveniente establecer una prohibición de despido»⁷².

Por otro lado, las prerrogativas de los derechos sociales agrupadas bajo el Título de «Solidaridad» de la CDFUE parecen en su mayoría caer dentro de la categoría subalterna de «principios» consagrados en el art. 52§3 del CDFUE, impresión que la sentencia del Tribunal de 2014 en asunto *Asociación de Mediación Social* ha venido a reforzar, negando al derecho a la información y consulta de los trabajadores dentro de la empresa un efecto directo horizontal, reconocido en cambio al principio de no discriminación por razón edad⁷³.

La no toma en consideración por la propuesta «alternativa» del Consejo de Europa de las situaciones jurídicas relacionadas con las «condiciones históricas» requeridas para un compromiso por parte del TJUE para «comunicarse» e interactuar con la CSE (condiciones que, repitémoslo, tienen que ver con la articulación de las normas y de los poderes jurisdiccionales originarios de lo supranacional y de lo nacional), no desmerece en nada la viabilidad y la eficacia de esa vertiente de la propuesta, que consiste en un incentivo a la Unión para que motive a sus Estados miembros para participar plena y efectivamente

⁶⁹ TJUE (gran sala), sentencia de 21.12.2016, asunto C-201/15, apartado 108.

⁷⁰ Véase TJUE (sala segunda), sentencia de 29.11.2017, *King*, aff. C-214/16 y observaciones de L. DRIGUEZ, in *Europe*, 2018, comm. n°29.

⁷¹ TJUE (sala segunda), sentencia de 9.11.2017, asunto C-306/16, apartado 48 y observaciones de L. DRIGUEZ, in *Europe*, 2018, comm. n°35.

⁷² TJUE (sala tercera), sentencia de 22.2.2018, asunto C-103/16, apartados 3 y 55.

⁷³ Véanse, respectivamente, TJUE (gran sala), sentencia de 15.1.2014, *Association de médiation sociale*, asunto C-176/12 y TJUE (gran sala), sentencia de 22.11.2005, *Mangold*, asunto C-144/04.

en el sistema de la Carta Social. En nuestra opinión, esta intervención de la UE podría revestir una fuerza vinculante y llevar a los Estados al resultado esperado (la adhesión de todos a la CSER, la aceptación por todos de la mayor cantidad posible de disposiciones de esta última, la ratificación por todos del Protocolo relativo a el sistema de reclamaciones colectivas), incluso aunque adoptara la forma de una recomendación de una institución de la Unión. De hecho, cuando el art. 288, último apartado, del TFUE, distingue los actos vinculantes de actos como el dictamen y la recomendación «no vinculantes», impone esta obviedad sin discusión con respecto a los dictámenes, que constituyen una mera opinión de una institución, aunque no siempre con respecto a las recomendaciones, cuya denominación es expresión más bien de su carácter incentivador.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha juzgado que los citados actos «no pueden ser considerados como carentes en absoluto de efectos jurídicos», puesto que los jueces nacionales «están obligados a tenerlos en cuenta», en particular cuando «ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante»⁷⁴. Por otro lado, al contrario de lo que ha sucedido con la proposición solemne del Consejo de Europa para la incorporación de la Carta Social al Pilar, que fue completamente ignorada por los autores del Pilar, existe una posibilidad de que la propuesta de compromiso de la UE para que todos sus Estados miembros participen ampliamente en el sistema de la Carta sea escuchada por instancias decisorias de la Unión: en enero de 2018, el Consejo de la UE dijo que estaba resuelto a «continuar regularmente el diálogo y la cooperación con el Consejo de Europa con respecto a las interacciones entre la CSE y las políticas y re-

glamenciones de la UE, en particular en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales, tomando en consideración la arquitectura político-jurídica y las competencias respectivas de la UE y del Consejo de Europa»⁷⁵.

En cualquier caso, un compromiso anhelado del Tribunal de Justicia para entrar en «comunicación» con la Carta Social Europea no depende del incremento cuantitativo (y cualitativo) de la participación de los Estados miembros en el sistema de la Carta. El compromiso en cuestión es un asunto que no depende sino de las opciones «soberanas» del órgano, o más bien de su ... sabiduría. Como prueba de ello, en el asunto *Maio Rodríguez da Rosa* anteriormente reseñado, también era aplicable en el caso de autos (la regulación del descanso semanal) el art. 31§2 CDFUE. De acuerdo con las «explicaciones» anejas a la CDFUE, esta disposición se basa en el art. 2§5 CSER, la cual, de conformidad con el art. 6§1.c) TUE, debe ser objeto de «debida consideración» en la interpretación de la norma aplicable. El art. 2§5 de la Carta Social ha sido aceptado por todos los Estados miembros de la UE, ya sea en la versión original de 1961, ya sea en la versión revisada de 1996. Pero ello no condujo al TJUE a prestar la debida atención en su proceder interpretativo. Al contrario, el Tribunal de Justicia llegó falaz y altivamente a la conclusión de que, dado que el art. 2§5 CSER, en realidad, «por su parte, también hace referencia, en relación con el descanso semanal, a las Directivas 93/104 y 2003/88» aquí aplicables, de modo que «el art. 31§2 CDFUE no proporciona ningún criterio nuevo a efectos de la interpretación del artículo 5 de la Directiva 2003/88». Además del hecho de que el texto del art. 2§5 de la Carta Social no establece eso (el informe explicativo de la CSER tampoco), ya que, según la interpretación seguida, el Tribunal de Justicia ha aceptado la sustitución del derecho al descanso semanal a más tardar el séptimo día después de seis días consecutivos de trabajo por el descanso diario

⁷⁴ TJUE (sala segunda), sentencia de 13.12.1988, *Grimaldi*, asunto C-322/88, apartado 18.

⁷⁵ COUNCIL OF THE E.U., doc. WK13272/2017 Rev. 3, 11.1.2018, p. 4.

y el tiempo máximo de trabajo semanal, habiendo establecido así, como responsabilidad de todos los Estados miembros que son Partes Contratantes de la Carta Social, una obligación en conflicto con respecto a la que les es impuesta por el instrumento jurídico del Consejo de Europa: efectivamente, para la Carta Social y el CEDS, el derecho al descanso semanal es un derecho prácticamente inderogable, pues cualquier limitación, para ser legítima debe ir acompañada de garantías estrictas (por ejemplo, la autorización de la inspección laboral y el acuerdo del sindicato o del representante de los trabajadores, según el caso)⁷⁶.

Sea como fuere, que todos los Estados miembros de la UE sean o no Partes Contratantes de la Carta Social Europea Revisada (y que aceptan o no un gran número de sus disposiciones) y del Protocolo Adicional sobre Reclamaciones Colectivas, o que la UE intervenga o no en este proceso de adhesión recomendando a sus Estados miembros que lo hagan, el caso es que el Tribunal de Justicia puede y debe entablar una «comunicación», a través de su jurisprudencia, con la Carta Social Europea, y ello con conocimiento de causa, esto es, sabedor que procederá de tal modo teniendo en cuenta un instrumento jurídico que, como ya hemos puesto de relieve, encarna la preeminencia de la lógica de los derechos humanos en la protección de los derechos social que aquél garantiza. Ni que decir tiene que lo que llamamos «integridad» de la Carta Social Europea, que se ha ido forjando a través de la obra jurisprudencial del

Comité Europeo de Derechos Sociales, seguirá siendo objeto de promoción por el mismo mecanismo. Semejante acercamiento de la UE a la CSE, operado a través de sinergias entre las decisiones del Tribunal de Justicia y del Comité, contribuirá poner en la senda correcta el juego democrático de la propia construcción europea.

La reiterada Opinión del Consejo de Europa, de 2 de diciembre de 2016 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, observó con razón: «*Un sistema democrático no puede ser definido como tal si no produce un modelo de sociedad capaz, mediante la asignación juiciosa y equilibrada de los recursos disponibles, de asumir las necesidades esenciales de los individuos, con respeto de su dignidad, para conseguir un crecimiento que beneficie al mayor número de personas. (...) La cuestión social y la cuestión democrática se encuentran, por lo tanto, estrechamente vinculadas; la construcción de Europa, independientemente del contenido de las políticas económicas implementadas, siempre debe estar guiada por la realización de los derechos fundamentales que conciernen a las necesidades diarias de los ciudadanos; y ello para evitar que los movimientos anti-sociales, anti-políticos, anti-europeos, racistas, o simplemente basados en la explotación política del egoísmo social, hagan oscilar los pilares de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos como valores fundamentales que el Consejo de Europa ha defendido y promovido sin cesar*»⁷⁷. No se puede estar más de acuerdo con dicho análisis, pudiendo añadirse únicamente que vivir en Europa (a escala continental o en el nivel de los Estados-nación), en un sistema democrático, no consiste solamente en poder seleccionar esta o aquella ideología, o este o aquel partido político para que nos gobiernen, sino sobre todo en elegir los modos de regulación social y de reparto de los recursos que nos parezcan los más adecuados para constituir una sociedad,

⁷⁶ Véase CEDS, *Conclusions 2010- Roumanie*, conclusiones retomadas en 2014 : *Conclusions 2014- Suède y Conclusions XX-3 (2014)-Danemark*. En lo que concierne a las disposiciones mencionadas, según el art. 31§2 CDFUE «*todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas*», mientras que según el art 2§5 de la Carta Social «*para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, las Partes se comprometen: (...) a garantizar un reposo semanal que coincida en lo posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región*».

⁷⁷ Véase la Exposición de motivos de la Opinión, §§ 37 y 38.

en la cual nos parece aceptable vivir, así como en dotarnos de las normas vinculantes a las que vamos a adaptar nuestras conductas.

BIBLIOGRAFÍA

- A. BAILLEUX, «Les récits judiciaires de l'Europe», *Revue de l'Union européenne*, 2018.
- M. DELMAS-MARTY, «Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques», accesible en http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf
- O. DE SCHUTTER & P. DERMINE, «The Two Constitutions of Europe: Integrating Social Rights in the New Economic Architecture of the Union», *European Journal of Human Rights*, n° 2017/2.
- S. FERNANDEZ, «Göteborg et le socle européen des droits sociaux : vers un "Triple A social" ?», in <http://institutdelors.eu/publications/goteborg-et-le-socle-europeen-des-droits-sociaux-vers-un-triple-a-social/>.
- J.-F. FLAUS, «Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux», in J.-F. FLAUS (dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- G. HAARSCHER, «De l'usage légitime –et de quelques usages pervers– de la typologie des droits de l'homme», in E. BRIBOSIA & E. HENNEBEL (dirs.), *Classer les droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- L. HE, «Les droits sociaux fondamentaux et le droit de l'Union européenne», *RTDEur*, enero-marzo 2018.
- L. JIMENA QUESADA, *Social rights and policies in the European Union. New challenges in a context of economic crisis*, PUV, Valencia, 2016.
- J.-P. MARGUENAUD, «Le Comité européen des droits sociaux, un laboratoire d'idées sociales méconnu», *Revue de droit public*, 2011, n°3.
- C. NIVARD, «Les droits sociaux et le Conseil de l'Europe», in F. BENOIT-ROHMER et al. (<https://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>).
- «Le Comité européen des droits sociaux, gardien de l'Etat social en Europe ?», *Civitas Europa*, 2014, n° 33.
- S. ROBIN-OLIVIER, «Les perspectives d'une synergie européenne», in F. BENOIT-ROHMER et al. (<https://journals.openedition.org/revdh/3672?file=1>).
- C. SALCEDO BELTRAN, «La réception du droit anti-crise du Comité européen des droits sociaux en Espagne : regards croisés entre la jurisprudence française et espagnole», *Lex social* (file:///C:/Users/user/Downloads/1189-3319-1-SM.pdf), vol.5, n.1/2015.
- P. STANGOS, «Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne. Le rôle singulier du Comité européen des droits sociaux et de sa jurisprudence», *Cahiers de droit européen*, 2013, n°2.
- P. STANGOS, «Les répercussions juridiques sur l'Union européenne des décisions du Comité européen des droits sociaux relatives aux mesures d'austérité de la Grèce», *Rev. trim. dr. h.*, n° 104/2015.
- A. SUPIOT, «Qui garde les gardiens ? La guerre du dernier mot en droit social européen», *Semaine sociale Lamy supplément*, 28 nov. 2016.

RESUMEN

El objeto del presente estudio se centra en la manera en la que el Consejo de Europa, organización europea dedicada a la protección de los derechos humanos y de los derechos sociales en particular, ha perseguido ejercer una influencia sustancial en el modo en que la Unión Europea ha concebido y pretende revalorizar el lugar de los derechos sociales en su edificio institucional (más concretamente, en la parte integrante de este edificio que es la Eurozona). A tal efecto, la Unión Europea generó, en noviembre de 2017, el Pilar Europeo de Derechos Sociales. El propósito del Consejo de Europa apuntaba, de hecho, a normalizar y, más aún, a racionalizar las relaciones entre, de un lado, la Carta Social Europea y, de otro lado, el Derecho de la Unión.

Pues bien, sobre la base de la proposición del Consejo de Europa sobre el tenor del Pilar, la presente contribución esboza la vía más propicia en vista a la consolidación de la protección de los derechos sociales en Europa, una vía que se vincula con el acercamiento anhelado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de su jurisprudencia a la Carta Social Europea, tal como es interpretada y aplicada por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

En este sentido, en una primera parte el autor acomete la génesis del Pilar Europeo de Derechos Sociales en el contexto de la evolución histórica de las relaciones entre la Unión Europea y la Carta Social Europea. En segundo lugar, el autor toma como punto de referencia reciente la proposición del Consejo de Europa para la incorporación de la Carta Social Europea al Pilar Europeo de Derechos Sociales. A continuación, el artículo pone el énfasis en la realidad de las obligaciones contradictorias que pesan sobre los Estados en virtud del Derecho de la Unión Europea y de la Carta Social Europea, con objeto de analizar el modo en que puede procederse a una normalización en la relación entre ambos órdenes jurídicos. La parte final examina el papel central y anhelado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la protección de los derechos sociales, expresándose el diseño de que tome en consideración la Carta Social Europea.

En todo caso, el autor somete a escrutinio el escollo de la no participación de todos los Estados miembros de la Unión Europea en el sistema de la Carta Social Europea, ya que no todos ellos han suscrito su versión revisada de 1996 o el procedimiento de reclamaciones colectivas. Ahora bien, el autor concluye que el mayor compromiso deseado del Tribunal de Justicia de Luxemburgo para ponerse en «comunicación» con la Carta Social Europea no depende tanto del incremento cuantitativo –y cualitativo– de la participación de los Estados miembros de la Unión en el sistema de la Carta Social. En efecto, el compromiso en cuestión no depende tanto de las elecciones «soberanas» del Tribunal, sino sobre todo de su «sabiduría».

En este contexto, es cierto que el nivel de compromiso de los Estados Miembros de la UE con el sistema de la Carta Social es diverso, habiéndose generado unas inaceptables asimetrías en el ámbito de los derechos sociales. Sin embargo, el problema no deriva tanto de que todos los Estados miembros de la UE se conviertan o no en Partes Contratantes de la Carta Social revisada y del Protocolo sobre las reclamaciones colectivas, ni tampoco de que la UE intervenga o no en semejante proceso de adhesión recomendando a sus Estados miembros que así lo hagan. En efecto, la cuestión radica más bien en que el Tribunal de Justicia puede y debe ponerse en «comunicación», a través de su jurisprudencia, con la Carta Social Europea, en la medida en que ésta constituye el instrumento jurídico que encarna en Europa el predominio de la lógica de los derechos humanos a la hora de garantizar efectivamente la protección de los derechos sociales. Obviamente, en esa operación de comunicación, el propio Comité Europeo de Derechos Sociales deberá ser coherente con esa misma lógica en su obra jurisprudencial para que se mantenga la «integridad» de la Carta Social Europea.

En definitiva, el acercamiento de la Unión Europea a la Carta Social Europea, operado a través de las sinergias entre las decisiones del Tribunal de Justicia y del Comité Europeo de Derechos Sociales, contribuirá a asentar el juego democrático de la propia construcción europea. Semejante idea se expresa claramente en el Dictamen del Consejo de Europa de 2 de diciembre de 2016 sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuando en él se subraya que un sistema democrático sólo puede definirse como tal cuando produce un modelo de sociedad capaz, a través de un afección juiciosa y equilibrada de los recursos disponibles, de asumir las necesidades esenciales de las personas respetando su dignidad. En el mismo Dictamen se enfatiza que la cuestión social y la cuestión democrática están estrechamente vinculadas, puesto que la construcción de Europa, con independencia de las políticas económicas que se apliquen, debe siempre preocuparse por la realización de los derechos fundamentales que conciernen a las necesidades cotidianas de la ciudadanía. Con ello, además, se evitará la emergencia de movimientos antisociales, antipolíticos, antieuropeos, racistas o simplemente basados en la explotación política del egoísmo social. De lo contrario, se podrán tambalear los tres pilares esenciales que defiende y promueve el Consejo de Europa, a saber, la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos.

El autor, en suma, suscribe ese enfoque, añadiendo que vivir en un sistema democrático en Europa, y en el nivel de los Estados nacionales, no consiste solamente en poder seleccionar tal o cual ideología, o tal o cual partido político para ser gobernados, sino sobre todo en elegir, tanto los modos de regulación social y de reparto de los recursos para constituirnos como sociedad, como las normas vinculantes que nos parecen aceptables para conformar nuestras conductas. Y, en la construcción europea de ese sistema democrático, la Carta Social Europea constituye un pilar esencial. Desde este punto de vista, los valores fundamentales del Consejo de Europa son presentados en el trabajo en su justa dimensión social (democracia social, Estado social y derechos sociales).

Palabras clave: Carta Social Europea; Comité Europeo de Derechos Sociales; Unión Europea; Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Pilar Europeo de Derechos Sociales.

ABSTRACT The purpose of this study is to focus on the way the Council of Europe, a European organization dedicated to the protection of human rights and, in particular, to social rights, has sought to exert a substantial influence on the way the European Union conceives and intends to revalue the place of social rights in its institutional structure (more specifically, in the Eurozone as one of its integral parts). To this end, the European Union adopted, in November 2017, the European Pillar of Social Rights. The purpose of the Council of Europe aimed, precisely, to normalize and, *a fortiori*, to rationalize the relations between, on the one hand, the European Social Charter and, Union Law, on the other.

With this approach, on the basis of the proposal of the Council of Europe on the impact of the Pillar, this contribution outlines the most conducive path, in view of the consolidation of social rights protection in Europe, associated to the desired rapprochement by the Court of Justice of the European Union and its case-law to the European Social Charter, as interpreted and applied by the European Committee of Social Rights.

In this regard, the author tackles, in the first part of this paper, the genesis of the European Pillar of Social Rights in the context of the historical evolution and relation between the European Union and European Social Charter. Secondly, the author takes the proposal of the Council of Europe for the incorporation of the European Social Charter into the European Pillar of Social Rights as his point of departure. Next, the paper puts the emphasis on the reality of the contradictory obligations that affect the States under European Union Law and the European Social Charter, in order to analyse the way in which normalization in the relationship between both legal orders can be carried out. The final part examines the central and desired role of the Court of Justice of the European Union in the protection of social rights, by highlighting that the need for the Court of Luxembourg to take on the European Social Charter into consideration.

In any case, the author scrutinizes the obstacles that non-participation of all European Union Member States in the system of the European Social Charter creates, since not all have accepted its 1996 revised version or the collective complaint procedure. However, the author concludes that the most desired commitment of the Court of Justice of Luxembourg to «communicate» with the European Social Charter does not primarily depend on the quantitative – and qualitative – increase of the participation of EU Member States in the Social Charter system. Indeed, the author maintains that the commitment in question appears to be less dependent on the «sovereign» choices by the Court of Justice, and more to its «wisdom».

In this context, it is true that the level of commitment of the EU Member States to the system of the Social Charter is diverse, which has resulted in unacceptable asymmetries in the field of social rights. However, the problem does not derive so much from the fact that all EU Member States become Contracting Parties to the revised Social Charter and the Protocol on collective complaints, nor on whether the EU intervenes and participates or not in such an accession process by recommending its Member States to do so. Indeed, the question is rather whether the Court of Justice can and should «communicate» through its case-law, with the European Social Charter, insofar as it constitutes the legal instrument that embodies the predominance of the human rights logic in the EU when effectively guaranteeing the protection of social rights. Obviously, through this communication, the European Committee of Social Rights should be consistent with that same logic in its jurisprudential work so that the «integrity» of the European Social Charter is preserved.

Finally, the approach of the European Union to the European Social Charter, operated through the synergies between the decisions of both the Court of Justice and the European Committee of Social Rights, will contribute to set the basis of democratic game of the European construction itself. Such an idea is clearly expressed in the Council of Europe Opinion of 2 December 2016 on the European Pillar of Social Rights, by emphasizing that

a democratic order cannot claim to be such unless it generates a model of society capable, through wise and balanced distribution of the available resources, of addressing people's basic needs with due regard for their dignity and with a view to more inclusive growth. The same opinion underlines that the social question and the democratic question are in fact closely connected. The construction of Europe, regardless of the economic policies implemented, must be especially concerned with the realisation of fundamental rights that meet citizens' everyday needs. Disregarding them means creating fertile ground for anti-social, anti-political, anti-European and racist movements, or movements based simply on the political exploitation of social egoism. Otherwise, the three essential pillars defended and promoted by the Council of Europe, namely democracy, the rule of law and human rights, may start to crack.

The author, in short, subscribes to this approach, adding that living in a democratic system in Europe is not only being able to choose any one ideology or political party, but above all choosing both, the modes of social regulation and the distribution of resources to constitute ourselves as a society as well as those binding norms that we accept as regulating our relations. And certainly, in the European construction of such a democratic system, the European Social Charter is an essential pillar. From this point of view, the fundamental values of the Council of Europe are presented in this paper in their proper social dimension (social democracy, social welfare State and social rights).

Keywords: European Social Charter; European Committee of Social Rights; European Union; Court of Justices of the European Union; European Pillar of Social Rights.

La aplicación de la Carta Social Europea a través de la legislación autonómica. Crónica de una disparidad Estado-Comunidades Autónomas

The application of the European Social Charter through the legislation of the autonomous communities. Chronicle of a disparity between regions and central government

DARÍA TERRÁDEZ SALOM*

INTRODUCCIÓN

La crisis económica que se inició, oficialmente, en 2008 ha traído consigo graves consecuencias que, diez años después aún se dejan notar y las expectativas no son nada optimistas dado que la pobreza y la exclusión social afectan a gran parte de la población y parece que esta situación se alargará en el tiempo. La tan anunciada recuperación, tras años de una debilitación extrema del gasto público y de las inversiones en sanidad, educación o vivienda, no han supuesto una mejora en las condiciones de vida de millones de ciudadanos y ciudadanas. La Comisión europea, en su último informe sobre España 2018¹ afirma que «Aunque está disminuyendo, la proporción de la población en riesgo de pobreza o exclusión social sigue siendo elevada. El porcentaje de personas en riesgo de pobreza o exclusión social disminuyó

por segundo año consecutivo en 2016 (tomando como referencia la renta de 2015) y alcanzó el 27,9% de la población total, pero sigue estando muy por encima del 23,8% de 2008». Esta situación difícilmente podrá ser reversible si no se desarrollan medidas legislativas y políticas ad hoc que palien los efectos de una austeridad que no ha hecho más que ir desestabilizando años tras años las bases de nuestro Estado social.

La situación de los derechos sociales en nuestro país no solo se ha agravado por la salvaje restricción del gasto público, sino también por su deficiente sistema de garantías de los derechos sociales pues, como bien sabemos, estos no forman parte del núcleo duro de derechos y libertades que nuestra Constitución desarrolla en el capítulo segundo del Título primero. Esta última puntualización la ha vuelto a poner de manifiesto el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, expresando en su último informe sobre España su preocupación en relación con la garantía de los derechos sociales pues «éstos [continúan] siendo considerados como meros principios rectores de la política social y económica y que por tanto únicamente puedan ser

* Doctora en Derecho Constitucional. Universitat de València.

¹ Informe sobre España 2018, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, SWD (2018) 207 final, de 7 de marzo de 2018.

invocados cuando hayan sido desarrollados legislativamente o en relación con otros derechos que cuentan con mayor protección, tal como el derecho a la vida»² y vuelve a reiterar la necesidad de dotar con mayores garantías, análogas a las de los derechos civiles y libertades públicas, a los derechos contenidos en el capítulo tercero del Título primero.

Ante este panorama, y dada la configuración territorial de España, han sido las Comunidades Autónomas las que han iniciado la senda de la reversión de la situación social mediante el desarrollo de normativa y la aplicación de políticas que doten de contenido al Estado social y democrático de derecho, no sin dificultades. Desde el cambio político de las últimas elecciones autonómicas y locales de 2015, algunas autonomías han puesto en marcha la maquinaria legislativa y han regulado determinados derechos sociales como la vivienda, la asistencia sanitaria o las prestaciones sociales para, dentro de sus posibilidades financieras y de su ámbito competencial, revertir la grave situación social de gran parte de la ciudadanía. Si bien, las dificultades han sido numerosas, dada la conflictividad entre el Estado y las Comunidades Autónomas por los numerosos acuerdos de negociación previos a la interposición de recursos de inconstitucionalidad que han mermado bastante el desarrollo del autogobierno o las resoluciones sobre la inconstitucionalidad de numerosas normas.

En el presente trabajo se intentará realizar una revisión de la normativa autonómica sobre determinados derechos reconocidos por la Carta Social Europea, tanto en su versión original como revisada, pese a que esta última no haya sido ratificada por España, pues son muchas las autonomías que están realizando grandes esfuerzos para intentar paliar las consecuencias de una crisis cuyos principales afectados son las personas. Nos centraremos

en tres derechos sociales como son la asistencia sanitaria, el derecho a una vivienda digna y, por último, el acceso a las prestaciones sociales de lucha contra la exclusión social, especialmente la renta garantizada de inclusión o de ciudadanía.

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA. CUANDO LA GARANTÍA DE LA VIDA DEPENDE DE LA SITUACIÓN FINANCIERA

En 2012 el Gobierno central elaboró dos de las normas más oscuras en el marco de las distintas reformas legislativas que se desarrollaron para frenar la inevitable crisis financiera. El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud; ambas normas aplicaron graves ajustes a la asistencia sanitaria universal en nuestro país, afectando a muchísimas personas, sobre todo a las que pertenecían a colectivos ya desfavorecidos de por sí y que sufrían, aún más si cabe, los efectos de la crisis financiera. El año 2012 no fue nada bueno para extranjeros en situación irregular o parados de larga duración, pues veían mermadas sus posibilidades de ser atendidos en un hospital o de continuar un tratamiento médico. El preámbulo del Real Decreto 1192/2012 afirma que *«la validez de nuestro modelo se traduce en un alto nivel de protección de la salud individual y colectiva, avalado por diferentes indicadores de impacto en la mejora de la salud, en la esperanza de vida y en la satisfacción de la ciudadanía. Por ello, es necesario no sólo mantener el modelo sino también reforzar su sostenibilidad de manera que sea posible salvaguardar dicho nivel de protección frente a las diferentes amenazas que pudieran quebrantarlo»*; la necesidad de

² Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, adoptadas por el Comité en su sexagésimo tercero periodo de sesiones (12 - 29 de marzo 2018).

mantener dicha sostenibilidad fue la razón por la cual se expulsó del sistema asistencial de salud a numerosas personas en situación de gran vulnerabilidad como son los extranjeros en situación irregular. Las voces contrarias a dicha normativa no tardaron en alzarse, argumentando no solo las consecuencias para la salud de las personas afectadas sino la contravención de numerosos tratados internacionales sobre derechos humanos; en un informe de la organización no gubernamental Médicos del Mundo, fechado en 2013³, se detallaban las tres situaciones que se daban tras la entrada en vigor de las normas del ejecutivo de 2012:

«— **la imposibilidad de acceder a la atención directa del personal médico**, ya sea por encontrar barreras administrativas o falta de adecuada información/ orientación para realizar la renovación de la tarjeta sanitaria o la solicitud por primera vez (provocando en ocasiones la interrupción de tratamientos en dolencias crónicas, algunas con riesgo de ser mortales si no reciben adecuado tratamiento).

— **dificultad de acceso a los medicamentos** por falta de suficientes ingresos económicos. Muchos de estos casos se trataban de enfermedades diagnosticadas antes de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley, o de enfermedades consideradas de salud pública.

— **la exigencia de firmar un compromiso de pago**, cuando no la emisión directamente de una factura, por la asistencia médica recibida».

Sin embargo, las consecuencias de dichas normas no sólo repercutían en la salud de las personas afectadas, sino también en la imagen internacional de España; numerosas organizaciones internacionales interpellaron al Gobierno español sobre la adecuación jurídica de sus disposiciones en relación con los tra-

tados y convenios suscritos y ratificados por España, pues contravenían flagrantemente lo dispuesto en los mismos. Así el Comité de derechos sociales, económicos y culturales, de Naciones Unidas, en 2012⁴ ya advirtió al gobierno de España que estaba «preocupado por las modificaciones introducidas por el Real Decreto ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud (art. 12). El Comité recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con el Comentario General 14 y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud». El Consejo de Derechos Humanos, mediante el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia⁵ censuró las reformas legislativas sobre asistencia sanitaria calificándolas de lamentables y recomendaba que se revisaran «las reformas sanitarias adoptadas en el marco de la crisis económica actual para garantizar que los inmigrantes tengan acceso a los servicios de atención médica sea cual sea su situación migratoria. Recuerda la Recomendación general N° 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sobre la discriminación contra los no ciudadanos (2004), que exhorta a los Estados partes a que respeten el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental, entre otras cosas absteniéndose de negar o limitar

⁴ Comité DESC, Observaciones Finales sobre España, mayo de 2012, (E/C.12/ESP/CO/5).

⁵ Relator Especial de la ONU sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. Informe de la visita a España, junio de 2013, (A/HRC/23/56/Add.2).

³ «El impacto de la reforma sanitaria sobre el derecho a la salud», Informe de Médicos del Mundo, septiembre de 2013.

su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa; y examinen y revisen la legislación, según proceda, a fin de garantizar que cumpla plenamente la Convención», algo que no ha sucedido y, lo que es más grave, es que dichas reformas han sido avaladas por el Tribunal Constitucional, pasando por encima de las violaciones de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos.

El Consejo de Europa también criticó dichas medidas a través del entonces Comisario de Derechos Humanos que en su último informe sobre España expresaba su preocupación en relación con la asistencia sanitaria a menores y así afirmaba que «a pesar de que los niños inmigrantes sigan beneficiándose de una atención sanitaria gratuita, las ONG hayan señalado casos en los que a niños migrantes cuyos padres están indocumentados se les deniega en reiteradas ocasiones el acceso a una tarjeta sanitaria o la atención sanitaria»⁶. Una de las soluciones que el Comisario planteaba ante la desastrosa situación social que se encontró en su misión a España era la ratificación de la Carta Social Europea, en su versión revisada, algo que aún no ha ocurrido ni tiene visos de ocurrir. El Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano que controla la correcta aplicación de la Carta Social Europea, criticó igualmente la reforma sanitaria. En sus Conclusiones XX-2 (2013) el Comité afirmaba tajantemente que denegar el acceso de los extranjeros en situación irregular a la asistencia sanitaria suponía una vulneración de lo dispuesto en el art. 11 de la CSE y para ello utilizaba la jurisprudencia emanada del procedimiento de reclamaciones colectivas. En primer lugar, el Comité hizo referencia a la decisión sobre el fondo recaída en el asunto Médicos del Mundo-Internacional contra Francia, donde en su párrafo 144 afirma que los Estados parte en la Carta poseen obligaciones positivas en relación con el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros, independientemente

de su situación administrativa. Asimismo, el Comité, en la mencionada decisión, establecía que los Estados debían de tomar las medidas adecuadas tendentes a la desaparición de las causas que puedan provocar un deterioro de la salud, siendo la principal medida la garantía del acceso a la asistencia sanitaria para toda la población. A mayor abundamiento, el Comité afirmó que «la asistencia sanitaria es un prerrequisito para la preservación de la dignidad humana y la dignidad humana es el valor fundamental y además el núcleo de la normativa europea de derechos humanos – tanto bajo la Carta Social Europea como bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos», lo que evidencia no solo la importancia del derecho a la salud, sino también la necesidad de establecer el principio de indivisibilidad de los derechos humanos para que la dignidad humana quede garantizada.

La respuesta a dicha reforma sanitaria, realizada obviando de forma clara el más mínimo respeto por la dignidad humana, se presentó en forma de normativa autonómica y recursos de inconstitucionalidad presentados por algunas Comunidades Autónomas. Navarra es uno de esos ejemplos; en 2013 promulgó la Ley foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconocía a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, en cuyo artículo 1º se disponía que «Todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa», acreditando la residencia por cualquier medio, incluido el empadronamiento, y sin tiempo previo alguno para poder disfrutar de dicha asistencia sanitaria universal. Sin embargo, esta disposición legislativa fue declarada inconstitucional en su totalidad mediante sentencia del Tribunal Constitucional 17/2018, de 22 de febrero, recogiendo los fundamentos jurídicos de la senten-

⁶ Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa. Informe de la visita a España, octubre de 2013, (ComDH(2013)18).

cia 134/2017, de 16 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Esta última disposición normativa se presenta como la primera respuesta en sentido contrario a la normativa del ejecutivo sobre asistencia sanitaria. En el preámbulo de la norma vasca se afirma que *«la reciente modificación operada en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en aquellos aspectos relativos a la asistencia sanitaria hace preciso que la Comunidad Autónoma de Euskadi articule las medidas para hacer efectivos los principios establecidos en el ordenamiento jurídico en ejercicio de sus competencias, garantizando la asistencia sanitaria a la población que reside en su ámbito territorial. Se mantiene el «status quo» porque la actual situación de crisis económica constituye el momento menos oportuno para restringir la cobertura sanitaria»*; sin embargo, y como cabía esperar, se recurrió ante el Tribunal Constitucional y, tal y como se ha avanzado, fueron declarados inconstitucionales algunos preceptos. Básicamente, el problema planteado por el Gobierno en ambos recursos era la extralimitación de ambas Comunidades Autónomas en relación con la calificación de asegurado, pues según la teoría que finalmente declara la inconstitucionalidad, las Comunidades Autónomas no pueden ir más allá de la norma básica estatal y extender la cualidad de asegurado a otras situaciones, como la de los extranjeros en situación irregular que sobrepasaba los límites legales de la norma estatal. A mayor abundamiento, y en sentido contrario al fallo, uno de los votos particulares de la sentencia 134/2017 alertaba sobre una quiebra de la jurisprudencia constitucional, afirmando que *«la decisión de la mayoría, introduciendo una quiebra en la jurisprudencia constitucional que hasta el momento presente ha delimitado las competencias estatales y autonómicas en materia de sanidad, anula una norma autonómica que trata de garantizar el derecho a la protección de la salud de colectivos especial-*

mente vulnerables, mediante una ampliación de las prestaciones sanitarias que encaja perfectamente en el modelo constitucional de distribución de competencias». Pese a dicha realidad, la exclusión de colectivos vulnerables de la asistencia sanitaria, su expulsión de un sistema que hasta ese momento garantizaba no solo su dignidad sino además su derecho a la vida, es una realidad que aún en la actualidad se sigue dando pese a los esfuerzos políticos y normativos de numerosas Comunidades Autónomas, tras los cambios que se produjeron en las últimas elecciones autonómicas de 2015.

La Comunidad valenciana es una de las regiones que, tras las elecciones de 2015, decidieron hacer frente a la reforma sanitaria. Tras la formación del nuevo gobierno autonómico se tomó una de las primeras medidas que marcarían el cambio de signo político; en julio de 2015 se promulgaba el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana. En su preámbulo se podía leer que *«el acceso a una atención sanitaria integral, de calidad, en condiciones de equidad y de universalidad [universalidad] es un derecho fundamental de toda persona. Velar por el cumplimiento del derecho universal a la protección de la salud de la ciudadanía constituye una exigencia moral. Más aún cuando quienes se ven privados de una asistencia digna sufren situaciones de vulnerabilidad, riesgo de exclusión social, carecen de suficientes recursos económicos o viven en condiciones de irregularidad administrativa. En estos casos, la universalización de la atención no solo elimina barreras al acceso a la sanidad y contribuye al bienestar físico y mental de las personas, sino también remueve algunos de los principales obstáculos sobre los que se asienta la desigualdad social»*. Desgraciadamente, el Tribunal Constitucional lo derogó en su totalidad en un pronunciamiento calcado al que derogó la norma vasca, junto con dos votos particulares que se remitían a la misma sentencia.

La Comunidad autónoma de Extremadura procedió de igual forma y publicó la Ley

7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social, cuyo artículo 3 establecía que *«La presente ley tiene por objeto, en el ámbito del sistema sanitario público extremeño, garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias a aquellas personas extranjeras no registradas, ni autorizadas como residentes en España y con residencia efectiva en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, previsto en el artículo 3.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, y que no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el sistema nacional de salud (SNS) desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago»*. La Comunidad autónoma extremeña garantizaba así la asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular, en las mismas condiciones que los asegurados o beneficiarios, que acreditaran estar empadronados en algún municipio de la misma un mínimo de tres meses. Sin embargo, la ley extremeña corrió la misma suerte que sus homólogas de otras Comunidades Autónomas y fue recurrida en inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno; la sentencia es, de nuevo, una copia de la sentencia recaída contra la norma vasca, al igual que los dos votos particulares.

La Comunidad autónoma de Cataluña también actuó legislativamente frente al nefasto Real Decreto-ley 16/2012 y elaboró la Ley 9/2017, de 27 de junio, de universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud. Dicha norma, en su preámbulo expresa que *«tiene como objetivo alcanzar definitivamente la universalización de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos mediante el Servicio Catalán de la Salud, eliminar cualquier desigualdad que pueda haber entre las personas residentes en Cataluña, y cumplir de manera efectiva lo que establecen el mencionado artículo 23.1 del Estatuto de autonomía e, incluso, las normas internacionales sobre derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que, en su*

artículo 25.1, establece que toda persona tiene, entre otros derechos, el derecho a la asistencia médica». Su apuesta por dar cumplimiento a los tratados y convenios internacionales, pese a que no menciona la Carta Social Europea, es rotunda, algo que el Gobierno ha desestimado expulsando de la asistencia sanitaria universal a numerosos colectivos de personas vulnerables, por eso mismo la acción de las Comunidades Autónomas se convierte en un correctivo de la acción estatal. El preámbulo continua afirmando que existe una obligación frente a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos pues *«la universalización de la asistencia sanitaria no es solo un deber moral ineludible, sino una obligación derivada de las normas internacionales, ya que estas, una vez aceptadas, tienen un valor jerárquico superior al que deben ajustarse las normas internas que regulan los derechos de las personas»*. Este recordatorio de la obligatoriedad de las disposiciones de los tratados y convenios internacionales debidamente suscritos por España es necesario y procedente pues, en materia de derechos sociales, tratados como el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales o la propia Carta Social Europea parece que se hayan convertido en meras declaraciones de intenciones cuando forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, le pese a quien le pese.

Sin embargo, desde el Gobierno no están dispuestos a que se contradiga la normativa estatal, aún cuando sea más garantista de los derechos fundamentales, y el BOE del pasado 28 de abril anunciaba la admisión a trámite del recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 2 (apartados 2 y 3), 3, 4, 5, las disposiciones adicionales segunda, tercera, cuarta y séptima, y la disposición final primera de la Ley catalana interpuesto por la Presidencia del Gobierno. Las primeras disposiciones recurridas son las que establecen que los empadronados en Cataluña o los que demuestren arraigo en dicha Comunidad autónoma, podrán disfrutar de la asistencia sanitaria en el servicio catalán de salud; habiéndose invocado lo dispuesto en el artículo 161 §2 de la

Constitución, los artículos recurridos quedan en suspenso, por lo que, de nuevo, muchas personas quedarán excluidas de los servicios de salud, de la atención sanitaria, pese a que el derecho a la salud tiene una clara conexión con el derecho a la vida y la dignidad de la persona. Asimismo, resulta fácil intuir que el pronunciamiento del Tribunal Constitucional seguirá la misma línea argumentativa que los anteriores y no tardará mucho en publicarse dado que no deben más que replicar anteriores fallos.

En relación con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la universalidad de la asistencia sanitaria, cabe mencionar que las directrices de los anteriores pronunciamientos ya fueron desarrolladas en la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 de 21 de julio, recaída en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra contra el Real Decreto-ley 16/2012. Dicho pronunciamiento, sin abundar en los detalles, supuso el vaciamiento del Estado social al establecer tres razones para rechazar el recurso; razones económicas, «geográficas» y jurídicas. En cuanto a las primeras el Alto Tribunal afirmaba que se debían solucionar los problemas en relación con la situación económica deficitaria. Las razones «geográficas» aludían a la situación del art. 43 en nuestra Constitución que, al no ser un derecho fundamental, no posee el mismo rigor protector; y, finalmente, el Tribunal Constitucional sentenciaba que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos no son canon de constitucionalidad, pasando impunemente por encima del art. 10 §2 CE.

EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA. SU DIFÍCIL ENCAJE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Desde el inicio de la crisis económica y financiera, la vivienda, el derecho a disfrutar de la misma en condiciones dignas, el derecho a vivir bajo un techo, ha sido uno de los derechos

más atacados durante estos años. Los efectos más visuales de la crisis se vieron con las primeras imágenes de los desahucios por falta de pago de las cuotas hipotecarias o de los alquileres; familias expulsadas de sus viviendas con ayuda de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, pese a tener menores o familiares mayores a cargo. Según la última encuesta sobre centros y servicios de atención a personas sin hogar, la media diaria de personas que se alojaron en centros para personas sin hogar aumentó un 20,5% en 2016 respecto de la última encuesta de 2014⁷; a esta cifra debemos sumar las personas que están en riesgo de perder su casa o que viven en condiciones indignas. El derecho a la vivienda apareció en escena, se reivindicaba como un derecho fundamental más, pese a que, desgraciadamente, no lo es. Nuestra Constitución relegó un derecho social básico, como es la vivienda, a la parte que regula los principios rectores de la política social y económica, haciéndolo así dependiente de la voluntad del legislador y de los poderes públicos. El artículo 47 de la Constitución, pese a la claridad de su enunciado no ha gozado de un desarrollo legislativo acorde a su envergadura y la mayor parte de la normativa se refiere a cuestiones de índole urbanística, propiedad horizontal o arrendamientos, sin entrar a regular el derecho propiamente dicho.

De la misma forma que ocurre con el derecho a la asistencia sanitaria, son los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos los que sí que reconocen como tal el derecho a la vivienda. El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales lo reconoce en su artículo 11 al establecer que «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia»; este último inciso es

⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Encuesta sobre centros y servicios de atención a personas sin hogar la media, septiembre de 2017 (encuesta bianual, datos de 2016).

el que demuestra que, realmente, el derecho a la vivienda va unido intrínsecamente a la vida misma, por lo que su reconocimiento resulta de gran importancia. Así, recogiendo las palabras de ESCOBAR ROCA y GONZÁLEZ GONZÁLEZ cabe manifestar que «*Otros derechos fundamentales no se entenderían sin el previo disfrute de una vivienda [...]. En especial la intimidad personal y familiar (entendida como un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás y el conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, STC 119/2001) del artículo 18.1 difícilmente puede salvaguardarse cuando se vive a la intemperie.[...] El incumplimiento del derecho a la vivienda puede afectar a los bienes protegidos por los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y sobre todo 43.1 (derecho a la protección a la salud)*»⁸. De igual forma se expresó el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación de 19 de enero de 2000, afirmando que «*la satisfacción de las necesidades humanas materiales básicas (como mínimo: alimentación, vestuario, alojamiento y cuidados médicos básicos) es fundamento de la dignidad inherente a todo ser humano y de la propia condición de su existencia y de su desarrollo como tal*»⁹. Por lo tanto, el derecho a la vivienda sobrepasa la calificación de principio rector de la política social y económica para convertirse en un verdadero derecho fundamental, pese a que en nuestro

país la tenencia de una vivienda es ante todo considerada como un activo económico.

Otro de los tratados que contiene una referencia específica al derecho a la vivienda es la Carta Social Europea, en su versión revisada. Dicha norma reconoce en su artículo 31 que «*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, las Partes se comprometen a adoptar medidas destinadas: 1) a favorecer el acceso a la vivienda de un nivel suficiente; 2) a prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación; 3) a hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes*», recogiendo así tres inquietudes sociales que se han acentuado durante la crisis como son el precio de la vivienda, su calidad y el aumento de las personas que carecen de la misma. A pesar de la claridad de su enunciado, y de la necesidad de contar con este tipo de instrumentos jurídicos para la debida garantía de derechos sociales como la vivienda, España aún no ha ratificado la versión revisada de la Carta, ni tampoco el protocolo sobre reclamaciones colectivas, algo que prueba que los derechos sociales siguen siendo derechos de segunda en nuestro país.

Pese a que este precepto no forma parte de nuestro ordenamiento jurídico, resulta muy interesante aportar algunos ejemplos sobre la interpretación que el Comité Europeo de Derechos sociales ha dado al artículo 31 de la CSE revisada, sobre todo para concretar la importancia del derecho a la vivienda. En la Decisión de fondo recaída en el asunto Médicos del Mundo – Internacional contra Francia¹⁰, el Comité afirma que el art. 31, 1º, al reconocer el derecho al acceso a una vivienda de un nivel suficiente, significa que dicho alojamiento debe ser «*salubre (es decir, que debe disponer de todos los elementos de confort esenciales: agua, calefacción, eliminación de los residuos, instalaciones sanitarias, electricidad); debe presentar una correcta estructu-*

⁸ ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

⁹ Recomendación del Comité de Ministros a los Estados miembros (2000)3, de 19 de enero de 2000, sobre el derecho a la satisfacción de las necesidades materiales básicas de las personas en situación de extrema necesidad: «*La satisfaction des besoins humains matériels élémentaires (à tout le moins, la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base) découle de la dignité inhérente à tout être humain et constitue la condition d'existence de l'homme, ainsi que de son épanouissement.[...] Estimant de surcroît que la reconnaissance d'un droit individuel, universel et justiciable des personnes en situation d'extrême précarité à la satisfaction de ces besoins est une condition à l'exercice d'autres droits fondamentaux et un élément indispensable dans un Etat démocratique fondé sur le droit.*

¹⁰ Reclamación 67/2011; decisión adoptada el 11 de septiembre de 2012 y publicada el 27 de marzo de 2013.

ra; sin superpoblación; y poseer una garantía legal de permanencia» (§58); en cuanto a las obligaciones del Estado en cuestión, este debe garantizar que el derecho a la vivienda se realice de manera efectiva pues «los Estados deben garantizar a toda persona el derecho a la vivienda y favorecer el acceso a un alojamiento de un nivel suficiente. El Comité recuerda que los Estados deben emprender las medidas jurídicas y prácticas oportunas y que respondan al objetivo de proteger eficazmente el derecho en cuestión. Disponen de un margen de apreciación para determinar lo que se debe hacer a fin de garantizar el respeto de la Carta, en particular lo referente al equilibrio entre el interés general y el interés de un colectivo específico, así como las decisiones a tomar en términos de prioridades y recursos» (§54).

En otra interesante decisión de fondo, dictada en el asunto ATD Quart Monde contra Francia¹¹, el Comité define otros aspectos del artículo 31, en concreto los párrafos 2 y 3 del precepto. En cuanto al párrafo 2º, la prevención de las situaciones de carencia de hogar, el Comité, en relación con los desahucios, alega que «el desahucio se puede definir como la privación de la vivienda que estábamos ocupando por razones relacionadas con la insolvencia o la ocupación ilícita (Conclusiones 2003, Suecia, 699). La protección legal de las personas en riesgo de sufrir un desahucio debe incluir, en particular, la obligación de consultar con las partes interesadas. Los objetivos son: buscar soluciones alternativas al desalojo, fijar un período de preaviso razonable antes de la fecha de expulsión. La ley también debe prohibir los desalojos por la noche o en invierno, definir soluciones legales, proporcionar asistencia legal a aquellos que necesiten buscar una reparación ante los tribunales, y proporcionar una indemnización en el caso de una expulsión ilegal. Las garantías procesales son de gran importancia en estos casos. Incluso cuando el desalojo esté justificado, las autoridades deben asegurarse de reubicar o asistir financiera-

mente a las personas afectadas» (§78). Por último, y en relación con el párrafo 3º del artículo 31, el Comité estima que el alojamiento posee un precio razonable cuando «la familia que lo ocupa puede hacer frente a los gastos iniciales (garantía y adelanto del alquiler), el alquiler regular y otros gastos (funcionamiento, mantenimiento y gestión, por ejemplo) durante un largo periodo, conservando un nivel de vida mínimo, de acuerdo con los usos de la colectividad donde viva» (§94).

Este breve análisis de lo que se entiende por el derecho a la vivienda, demuestra claramente que no es un derecho menor, sino que tiene una íntima relación no solo con la dignidad de la persona, y por lo tanto con su propia vida, por lo que debería ser considerado en toda su envergadura e importancia, aunque en la realidad actual la vivienda sea, básicamente, un activo económico, tal y como ya se ha expresado en los párrafos iniciales de este apartado. Sin embargo, y a pesar del deprimente escenario legislativo, han sido varias Comunidades Autónomas las que han regulado el derecho a una vivienda digna de forma más social y buscando la garantía de la dignidad de la persona, sobre todo en el sentido de erradicar la carencia de alojamiento y de dotar de mayores garantías, sociales y legales, a los colectivos en situación de exclusión social que no pueden mantener la vivienda o que han sido desalojados de la misma. Aunque, todo hay que decirlo, este esfuerzo legislativo ha encontrado trabas desde el Tribunal Constitucional, arguyendo limitaciones al derecho a la propiedad privada o conflictos competenciales.

La Comunidad autónoma de Andalucía fue una de las pioneras en lo que a la regulación del derecho a la vivienda se refiere y su función social. En 2013 la Junta de Andalucía elaboró y publicó el Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda que sería convalidado más tarde a través de la Ley 4/2013 de 1 de octubre. Antes de estas normas ya se había promulgado la Ley 1/2010,

¹¹ Reclamación 33/2006; decisión adoptada el 5 de diciembre de 2007.

de 8 de marzo, reguladora del Derecho a la Vivienda, que fue enmendada por las anteriores para intentar aplacar los efectos de la crisis económica sobre el derecho a la vivienda y otros derechos sociales. En la exposición de motivos de la ley de 2013 no solo se señala que el Estatuto de Autonomía reconoce «*el derecho a la vivienda como base necesaria para el pleno desarrollo de los demás derechos constitucionales y estatutarios*» sino que además se hace eco de diversa normativa internacional, incluida en nuestro ordenamiento jurídico, como el artículo 11 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales o el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos humanos reconociendo incluso que «(a) *pesar de la importancia que la Constitución otorga al derecho a la vivienda, lo cierto es que en la práctica es considerada un simple bien de consumo sujeto a las leyes del mercado. En este contexto, es urgente y necesario que desde los poderes públicos se adopten las medidas necesarias para asegurar la función social de la vivienda y de esta forma se haga efectivo el cumplimiento del artículo 47 de la Constitución, garantizando desde las administraciones públicas la realización de este derecho*». La norma andaluza insiste, como su propio nombre indica, en la función social de la vivienda, enmarcada en el momento más álgido de la crisis, afirmando que «*la defensa de la función social de la vivienda adquiere mayor relevancia en los actuales momentos, que pueden ser calificados como de emergencia social y económica. Es en este contexto en el que se dictó el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, que articuló las medidas que por su propia naturaleza actúan como plan de choque en salvaguarda del bien jurídico protegido: el derecho a una vivienda digna, y con el que se dio un paso hacia delante en la definición de la función social de la propiedad de la vivienda, contribuyendo a señalar las consecuencias del incumplimiento de dicha función*». En el artículo 2 de la reformada Ley 1/2010, de 8 de marzo, se define el concepto de vivienda digna, estableciendo que este «*comporta la satisfacción de las necesidades ha-*

bitacionales de sus titulares y de quienes con ellos convivan, de forma que se posibilite una vida independiente y autónoma y se favorezca el ejercicio de los derechos fundamentales»; de nuevo se comprueba la relevancia del derecho a la vivienda pues garantiza el disfrute de otros derechos fundamentales, y rompe con el concepto de vivienda como mero producto de consumo, concepto que, hoy en día, sigue imperando en nuestro ordenamiento jurídico.

Además de la configuración del derecho a una vivienda digna, la norma andaluza desarrolló una serie de medidas legales que garantizaran que, efectivamente, una vivienda tuviera un uso habitacional y no otro distinto. Dichas medidas iban encaminadas a evitar la acumulación de propiedades por personas jurídicas frente a un aumento de personas sin vivienda o en riesgo de perderla. De igual forma, en una disposición adicional de la Ley 1/2010 en su redacción dada por la Ley 4/2013, y previamente por el Decreto-Ley 6/2013, se preveía la posibilidad de expropiación forzosa mediante la declaración de interés social de la propiedad incurso en un procedimiento de desahucio. La primera medida, regulada en el artículo 25 §6º disponía que, respecto de las viviendas, se considerarían deshabitadas aquellas «*cuya titularidad corresponda a una persona jurídica, constituida regular o irregularmente. Por titularidad se entenderá aquella que recaiga tanto sobre el pleno dominio de la vivienda como sobre una participación mayoritaria en un condominio sobre la misma*», considerándose este hecho como infracción muy grave lo que podía conllevar sanciones como multas que llegaban hasta los nueve mil euros. En cuanto a la segunda medida, la regulada en la disposición adicional segunda del Decreto-Ley 6/2013, se establecía la *declaración del interés social a efectos de expropiación forzosa para la cobertura de la necesidad de vivienda de personas en especiales circunstancias de emergencia social; esta medida provenía de una demanda social debido a la enorme cantidad de vivienda vacía originada por el desarrollo urbanístico de los años previos a la crisis económica. La disposición adicional,*

en su apartado primero, preveía que «Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente». Dicha medida no pretendía más que evitar el desalojo, algo que concuerda plenamente con lo establecido por el Comité europeo de derechos sociales, es decir la búsqueda de alternativas legales al lanzamiento judicial de la vivienda, a la expulsión de una familia de la misma. A mayor abundamiento se da cumplimiento al artículo 33 de nuestra Constitución que admite límites al derecho de propiedad basados en su propia función social. Sin embargo, y pese a las graves consecuencias y situaciones que se estaban viviendo en aquella época, el Gobierno decidió no solo recurrir en inconstitucionalidad dichas disposiciones, sino además invocar el artículo 161 §2º de la Constitución para suspender la aplicación de los preceptos impugnados. La sentencia del Tribunal Constitucional obviamente declaró la inconstitucionalidad de los mismos, arguyendo contradicciones no solo con el artículo 33 de la Constitución sino con las competencias establecidas en el artículo 149 §1º, 13ª. La sentencia del Alto tribunal no obtuvo el voto unánime de todos los magistrados, sino que encontró varios votos particulares que expresaban su disconformidad con el fallo. En síntesis, el problema planteado en los votos particulares se basa en que no existe un conflicto entre la normativa básica estatal y la autonómica, al ser consideradas medidas complementarias una de la otra y alegarse, además, el principio constitucional de autonomía, tal y como lo hace la magistrada Adela Asua Batarrita al afirmar que «el hecho de que una Comunidad Autónoma, en el ámbito de sus competencias, haya optado por su propia solución normativa frente a un determinado problema es expresión del principio constitucional de autonomía (art. 2 CE). El legítimo ejercicio de las competencias asumidas estatutaria-

mente no puede quedar subordinado a una pretendida coherencia (eufemismo que apela a «uniformidad») de la acción pública en todo el territorio del Estado»¹² y añade, al final de su voto particular, que este pronunciamiento «aporta un nuevo constreñimiento de las competencias autonómicas, que se añade a una serie –ya excesiva– de pronunciamientos recientes, que, como he señalado en votos anteriores, si no se corrigen, terminarán redundando en una grave erosión y distorsión del sistema de distribución competencial consagrado por la Constitución».

La Comunidad foral de Navarra reguló el derecho a la vivienda de forma muy similar a la Comunidad autónoma de Andalucía, así como su función social y la posibilidad de expropiar viviendas deshabitadas, aunque no corrió la misma suerte ante el Tribunal Constitucional.

La Disposición adicional décima de la norma navarra, en sus apartados primero y segundo, establecía lo siguiente:

«1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incursas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de cinco años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente o, en su caso, desde que finalice el plazo de suspensión del lanzamiento establecido por Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre.

2. Esta Ley Foral será de aplicación a las viviendas incursas en procedimientos de desahucio instados por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo de 2015, voto particular.

activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal».

Como puede observarse, la norma foral intentaba dar respuesta al fenómeno de los desahucios, cuyo incremento se había acelerado desde el inicio de la crisis económica. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2018, estimó que ambos apartados debían ser declarados inconstitucionales por interferencia con la competencia estatal sobre establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149, §1º, 13ª, un argumento idéntico al utilizado con la Ley andaluza.

En este punto, cabe hacer un inciso; tanto la norma andaluza como la navarra coincidieron con la promulgación de una norma de carácter estatal, el Real Decreto-ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que han ido modificándose y adaptándose a las circunstancias sociales de estos últimos años, siendo la última modificación la establecida por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo. Todas estas normas se elaboraron al calor del clamor popular ante el número de ejecuciones hipotecarias provocadas por la falta de pago de las cuotas debido a los efectos de la crisis, con un aumento del paro, precarización de las condiciones laborales y de los salarios y de la bajada de las rentas familiares. Sin restarle mérito a la acción del gobierno, estas normas llegaron tarde; la suspensión de los lanzamientos judiciales llegó tarde para muchas personas, que ya habían perdido su vivienda y aún debían hacer frente a la deuda hipotecaria. En cuanto a esto último, el debate sobre la dación en pago entró en el Congreso mediante la admisión a trámite de la Iniciativa Legislativa Popular promovida por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca, que resultó en la Ley 1/2013 de 14 de mayo, si bien, y de acuerdo con las manifestaciones de la propia Plataforma, la Iniciativa Legislativa

Popular había quedado totalmente desvirtuada tras las enmiendas incluidas, tanto que en el debate en el Congreso llegaron a solicitar su retirada, sin éxito. Este debate trajo consigo otros, como las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, la poca transparencia de los mismos y las prácticas abusivas de algunas entidades bancarias. Incluso tuvo que intervenir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con una celebrada sentencia.

No está de más comentar en este punto el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la UE, que tuvo como origen una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona. Este tipo de procedimiento está regulado en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y establece que *«El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión»*; es una figura similar a la dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 de la Ley orgánica del Poder Judicial. En este caso el Juzgado interpelante planteaba varias dudas interpretativas respecto de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En cuanto a los hechos propios del procedimiento judicial de origen, se inician en 2007 cuando el Sr. Aziz adquiere una vivienda mediante un préstamo hipotecario concedido por CatalunyaCaixa. El contrato de préstamo suscrito contenía una serie de cláusulas que podían entrar dentro de la calificación de abusivas, como por ejemplo los intereses de demora anuales que eran del 18'75% *«automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación»*¹³ o la

¹³ Párrafo 20 de la sentencia del 14 de marzo de 2013, recaída en el asunto C-415/11 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

posibilidad de exigir la totalidad del préstamo solo con que no se hubiera satisfecho una cuota en el plazo pactado. De acuerdo con el texto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Sr. Aziz dejó de pagar a partir de junio de 2008 y se vio inmerso en un procedimiento de ejecución hipotecaria. Paralelamente, y después de que el Sr. Aziz no compareciera en distintas fases del proceso, este interpuso demanda ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona requiriendo que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario *«que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunya Caixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida»*¹⁴. La cláusula resultaba abusiva, en opinión del demandante, pues la posibilidad de alegar el carácter abusivo de la misma se situaba en un momento procesal posterior al de la ejecución forzosa en el procedimiento de ejecución hipotecaria y, además, dichas alegaciones no tenían efecto suspensivo. El demandante fue finalmente desalojado de su casa.

Ante dicha demanda, el Juzgado que conocía de la misma, planteó dudas sobre la conformidad del derecho español respecto de lo establecido por la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que dieron lugar a la cuestión prejudicial. Independientemente del interés de este tipo de procedimientos para garantizar una correcta aplicación e interpretación del derecho de la Unión Europea, el caso que nos ocupa tuvo una gran relevancia mediática y jurídica pues se declaró que dicha normativa entraba en conflicto con la Directiva europea al no posibilitar una adecuada defensa del consumidor porque *«no prevé, en el marco del procedimiento de ejecu-*

ción hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final»; es decir que el procedimiento en cuestión no ofrecía garantías al consumidor, viéndose afectado gravemente, especialmente en este caso, al haber sido desalojado de su casa, con los consabidos efectos sociales que ello conlleva pues tenía a cargo a su familia. En la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona se hace referencia también, no solo al carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado que termina por declarar nula, sino a la mala fe de la entidad bancaria a la hora de otorgar el préstamo y de valorar el inmueble manifestando que no se tuvieron en cuenta *«ni las circunstancias en las que se valoró el inmueble – más de 194.000 euros por un piso de poco más de 50 metros cuadrados en una barriada de una ciudad dormitorio a pocos kilómetros de Barcelona –. Ni el hecho de que la entidad financiera a sabiendas de la situación del prestatario – un trabajador que sustentaba una unidad familiar con varias cargas percibiendo un único sueldo ligeramente superior a 1.100 euros netos mensuales, lo que determinaba que a partir de enero de 2008 en la medida en la que su cuota mensual ascendía a 841'64 euros, debiera aplicar más de un 70% de sus ingresos netos mensuales al pago del préstamo –. Ni el hecho de que el inmueble fuera adjudicado a la prestamista por el 50% de su valor de tasación»*. La sentencia del Juzgado no solo declaró abusiva dicha cláusula sino que además rebajó considerablemente la deuda imputada al Sr. Aziz, que no era el capital pendiente de amortización, 139.746,76 euros, sino las cuotas impagadas, por lo que la deuda resultante tras el fallo quedó en 3.153,46 euros.

¹⁴ Párrafo 22 de la sentencia.

El fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es importante por varias cuestiones; en primer lugar por el contexto social en el que se dictó, durante los años más negros de la crisis económica cuando la tasa de desahucios era insoportable. Según las estadísticas de actividad publicadas por el Consejo general del Poder Judicial, durante el primer trimestre de 2013 se llevaron a cabo 19.468 desahucios debido a ejecución hipotecaria o falta de pago del alquiler. Durante esos años, tal y como ya se ha avanzado, el artículo 47 de la Constitución cobró especial protagonismo y se reivindicaba la vivienda como un derecho fundamental que nuestros padres constituyentes no incluyeron como tal sino como principio rector de la política social y económica, lo que reduce trágicamente su garantía. El fallo del TJUE daba esperanza a muchas familias que veían la posibilidad de no perder sus viviendas; el Sr. Aziz no tuvo esa suerte y sigue esperando a que se le devuelva su piso. En una entrevista reciente¹⁵ al abogado que llevó su causa este apunta que su defendido vive en un piso de protección social y afirma asimismo que **«con la sentencia Aziz sacamos el contrato de préstamo de los cajones. La gente empezó a leer lo que firmaba y se ayudó a crear una cultura de consumo»**. De igual forma valoró la sentencia por poner en pie de igualdad a todas las personas, dado que el Sr. Aziz es extranjero, lo que lo convierte en una persona de vulnerabilidad extrema. La transposición de la directiva, junto con la tramitación de la ILP mencionada anteriormente, dieron lugar a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que mejoró considerablemente la protección de los consumidores y que en su artículo 1º establecía la suspensión de los lanzamientos judiciales en casos que afectaran a colectivos vulnerables, lo que paralizó la sangría de desahucios debido a los efectos de la crisis económica, aunque tarde.

Sin embargo, sigue existiendo en la actualidad una emergencia habitacional que, como ya se ha visto, están intentando solucionar algunas Comunidades Autónomas mediante leyes que reconocen el derecho a la vivienda. El Consejo económico y Social manifestaba en su último informe sobre la situación socioeconómica y laboral¹⁶ que *«muchas situaciones de riesgo de pobreza y exclusión social se inician o desembocan en problemas vinculados con la vivienda y la carencia de sus funciones integradoras. Hasta ahora ha sido escasa la efectividad de las políticas públicas a la hora de garantizar el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que recoge la Constitución y contemplan varios Estatutos de Autonomía. El esfuerzo público en políticas de vivienda dirigidas a personas con escasos recursos era exiguo con anterioridad a la crisis y, además, se ha visto reducido casi a la mitad en el transcurso de la misma, siendo la vertiente del gasto en protección social que más descendió en el periodo 2007-2014»*, por lo que no es baladí la necesidad de regular el derecho a la vivienda desde un punto de vista más social y no como mero activo económico.

El último ejemplo es la Comunidad valenciana; en marzo de 2017 entró en vigor la Ley 2/2017, de 3 de febrero, de la Generalitat, para la función social de la vivienda donde se estableció el derecho al disfrute de una vivienda digna, asequible y adecuada, además de regular una serie de medidas para garantizar la protección de las personas inmersas en un procedimiento de ejecución hipotecaria así como para la declaración de la función social de la vivienda. Las medidas dispuestas en la norma son muy similares a las establecidas en las normas andaluza y navarra, por lo que no se entrará a analizarlas, si bien cabe señalar que, actualmente, dicha norma está recurrida en inconstitucionalidad tras haber sido admitido a trámite el recurso; se invocó la suspensión de algunos preceptos, aunque en marzo de este mismo año se levantó

¹⁵ Confilegal, 16 de enero de 2018.

¹⁶ Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral, España 2016; junio 2017.

la suspensión. En el auto¹⁷ mediante el cual se levanta la suspensión de algunos preceptos de la norma recurrida se recogen los argumentos de la Abogacía del Estado para mantener la suspensión y continúan en la línea argumental que prima la salvaguarda de los aspectos económicos frente a la garantía de un derecho fundamental. Así, el Abogado del Estado invoca unos informes del Ministerio de Economía y Competitividad, donde «se acreditan, [...], las consecuencias negativas para el interés público y para el sector financiero, en caso de que se levantara la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados en este recurso de inconstitucionalidad, resultando especialmente preocupante el impacto de la norma valenciana en la actividad y en el plan de negocio de la Sociedad de gestión de activos procedentes de la reestructuración bancaria (SAREB), instrumento clave del programa de reestructuración del sector financiero español, derivado de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país en el marco de la asistencia financiera recibida en 2012» y alerta además sobre «el riesgo de incumplimiento de los compromisos de nuestro país de carácter internacional, pues si bien el memorando de entendimiento sobre condiciones de política sectorial financiera de 20 de julio de 2012 finalizó con éxito en enero de 2014, el Reino de España –mientras no devuelva, al menos, el 75 por 100 de la ayuda financiera recibida del mecanismo europeo de estabilidad– se encuentra dentro del denominado marco de vigilancia post-programa». Todos los argumentos expuestos por el Abogado del Estado ofrecen una idea de los asuntos prioritarios que, en cuanto al reconocimiento del derecho a una vivienda digna, preocupan al Gobierno de la nación. Dichos argumentos reflejan las condiciones en los que se encuentran los derechos sociales en nuestro país y del ingente esfuerzo que deben realizar las Comunidades Autónomas para contrarrestar esta situación. El Auto del Alto Tribunal contiene asimismo un voto particular que cuestiona el mantenimien-

to de la suspensión de algunos preceptos por el riesgo de interferencia con la normativa estatal.

Por último, y a modo de crítica de la norma valenciana, cabe mencionar que en su preámbulo, y al mencionar los tratados y convenios que reconocen el derecho a una vivienda digna como un derecho fundamental, afirma que la Carta Social Europea de 1961 lo incluye como tal; hay que decir que no es así, pues es la Carta Social Europea revisada la que lo incluye, texto que aún no ha sido ratificado por España, posiblemente por los, tan manidos, motivos de índole económica.

LA LUCHA CONTRA LA POBREZA Y LA EXCLUSIÓN SOCIAL. LA RENTA MÍNIMA DE INCLUSIÓN COMO ANALGESIA

De acuerdo con la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa «un nivel de vida decente para toda persona es la piedra angular de la justicia social y la dignidad humana»¹⁸; la ponente del informe que sirvió de base para esta resolución de la Asamblea parlamentaria advertía que «en la actualidad, la pobreza y la exclusión social amenazan a alrededor de 120 millones de europeos, entre los cuales 25 millones son menores. Cerca de 50 millones de personas viven, hoy en día, en hogares donde ninguno de los miembros tiene trabajo; asimismo, 40 millones de personas padecen dificultades materiales a diario y más de 4 millones de personas no tienen un hogar. Las personas mayores y los jóvenes son los más perjudicados, respecto del resto de la población. La dignidad y la autonomía de estos millones de personas están tan afectadas, que la propia sociedad europea en su conjunto es la que puede resultar seriamente dañada»¹⁹. La revisión de la Carta

¹⁷ Auto del Tribunal Constitucional 30/2018, de 20 de marzo.

¹⁸ Resolución 2197 (2018) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, 23 de enero de 2018: «L'Assemblée parlementaire considère qu'un niveau de vie décent pour tous est la pierre angulaire de la justice sociale et de la dignité humaine».

¹⁹ *The case for a basic citizenship income*. Informe de la Comisión de asuntos sociales, salud y desarrollo sostenible; po-

Social Europea en 1996 trajo consigo la inclusión de un nuevo artículo, el 30, que establece lo siguiente:

Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, las Partes se comprometen:

a) *a adoptar medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias;*

b) *a revisar estas medidas con vistas a su adaptación, si resulta necesario.*

La Carta Social Europea, como código de derecho vivo, incorporó el artículo 30 para hacer frente a una de las mayores lacras que padece la sociedad actual, la pobreza y la exclusión social. Sin embargo, antes de esta revisión, la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y su relación con la dignidad e incluso con los tratos inhumanos y degradantes, ya habían entrado en el debate social y jurídico en el seno del Consejo de Europa. En un artículo doctrinal datado en 1991, LOUIS PETTITI ya advertía que se estaba planteando utilizar el artículo 3 del Convenio europeo de derechos humanos, entendiendo la pobreza como un trato inhumano y degradante, para luchar contra este tipo de situaciones dada la indiferencia de los poderes públicos²⁰, por suponer una violación de la dignidad de la persona.

La dignidad de la persona es *«la característica propia e inseparable de toda persona*

*en virtud de su racionalidad – independientemente del momento y por encima de las circunstancias en que se desenvuelva su vida – que se materializa en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de los derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes»*²¹; por lo tanto es un término que trasciende a la propia persona y cuyo respeto obliga al legislador a realizar su labor con la mayor precisión posible, máxime cuando de derechos sociales se trata. Incluso el Tribunal Constitucional español ha establecido que *«la regla del art.10.1 CE, proyectada sobre los derechos individuales, implica que la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo un mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe respetar»*²². De igual forma, la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 relativa a los fines y objetivos de la OIT, dispuso que *«la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social»*, afirmándose solemnemente, con tal espíritu, que *«todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades»*.

Así pues, la evolución del concepto de dignidad, ha servido para que situaciones de pobreza extrema y exclusión social sean presentadas incluso como vulneración del art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos y que establece la prohibición de infligir tratos inhumanos y degradantes. Efectivamente, un precepto que parecía circunscrito al ámbito de la persecución de la tortura, ha sido utilizado por el Tribunal europeo de derechos humanos para dictaminar, en diversas sentencias, que la pobreza y la exclusión social se asimilan a los tratos inhumanos y degradantes por violar la dignidad de la

nente: NUNZIA CATALFO, Italia, doc. 14462 de 5 de enero de 2018, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

²⁰ «Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme», PETTITI L. Revue Droit Social, nº1, enero 1991.

²¹ ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

²² STC 57/1994 de 28 de febrero.

persona. Para entender esta evolución, debemos retroceder hasta 1978, cuando recayó la sentencia del caso Irlanda contra Reino Unido²³ y que condenó a este último por conculcar el art. 3 del Convenio europeo de derechos humanos. El Tribunal estableció que «*el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas y tratos inhumanos y degradantes, cualesquiera que sean los actos de la víctima. El artículo 3 no prevé ninguna restricción [...]*»; este pronunciamiento del Tribunal establece la fuerza de la prohibición del art. 3, que es absoluta, sin límites. A mayor abundamiento, y de acuerdo con SUDRE, podemos decir que dicho precepto «*expresa así el carácter absoluto de la reprobación moral que rodea la tortura, percibida como la negación más flagrante de la humanidad del hombre, la corrupción última del ser humano*»²⁴; esa negación de la humanidad, de la que habla SUDRE, es la negación de la dignidad humana.

El carácter absoluto de la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes, y su evolución a través de su interpretación por parte del Tribunal Europeo de derechos humanos, ha hecho que se utilice en casos no relacionados con torturas, *stricto sensu*. A modo de ejemplo, podemos citar el asunto D. contra Reino Unido²⁵, donde se concluyó que el Estado demandado había violado el art. 3 del CEDH pues «*la expulsión del recurrente*

hacia Saint-Kitts conllevaría la responsabilidad del Estado defensor respecto del art. 3 incluso si el riesgo de sufrir tratos inhumanos y degradantes proviene de factores sobre los cuales las autoridades de ese país no podrían ser juzgadas», esos factores de los que habla el pronunciamiento judicial no son sino la imposibilidad de darle una adecuada asistencia médica que mitigara el proceso terminal de la enfermedad, lo que convertiría el hecho de su muerte en una situación degradante, irrespetuosa de la dignidad que posee como ser humano. Estamos pues ante una reinterpretación del art. 3 del CEDH, que es realmente necesaria, y «*se explicaría por la profunda modificación de las relaciones sociales desde 1950, la agravación entre ricos y pobres, que se convierte en una discriminación tan grave como la discriminación étnica*»²⁶. Y esa reinterpretación puede ser la que dé cuerpo jurídico a las reivindicaciones sociales de los más desfavorecidos y, además, la que demuestre que tanto la pobreza extrema como la exclusión social son asuntos que deben ocupar no solo la agenda pública sino también la legislativa.

Una de las medidas para contrarrestar estas situaciones de ausencia de medios extrema, y cuya viabilidad económica y jurídica lleva discutiéndose mucho tiempo, podría encontrarse en el reconocimiento de una renta mínima. Muchas son las denominaciones que tiene, renta mínima de inserción, de ciudadanía, garantizada, de inclusión, si bien su reconocimiento y regulación no ha estado exento de polémica. De acuerdo con RAVENTÓS, la renta garantizada «*es una medida que ataca directamente la pobreza. La pobreza es un fenómeno que está lejos de retroceder de forma drástica en las sociedades más desarrolladas (en las menos desarrolladas, la realidad de la pobreza es simplemente mayor)*»²⁷; en el libro del profesor RAVENTÓS se presenta la ren-

²³ Este caso tiene su origen en los conflictos que hubo en los años 60 y 70 entre las fuerzas de seguridad británicas y supuestos miembros del I.R.A. Durante las detenciones, los demandantes sufrieron técnicas de desorientación y de privación del sueño; dichas prácticas se consideraron torturas y tratos inhumanos y degradantes, de acuerdo con el art. 3 del CEDH.

²⁴ «*La notion de «peines et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme*», SUDRE, F., *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, Tomo LXXXVIII, 1984, pág. 830.

²⁵ Sentencia de 2 de mayo de 1997; trata el caso de un traficante de drogas en fase terminal del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, que va a ser expulsado a su país de origen y que, de retornar a su país, se encontraría sin vivienda, sin familia ni apoyo moral y económico, y sin medios para obtener asistencia médica adecuada.

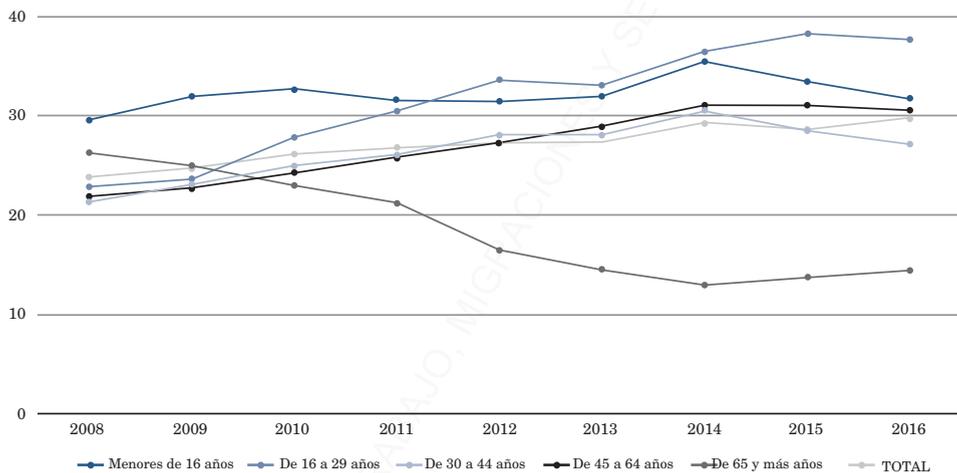
²⁶ «*Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme*», PETTITI, L. *Revue Droit Social*, nº1, enero 1991.

²⁷ *El derecho a la existencia*, RAVENTÓS D.; Ariel Practicum, 1999.

ta ciudadana como una solución a la pobreza extrema, a la exclusión crónica, como una garantía del derecho a existir. Sus detractores plantean este subsidio como un elemento que podría disuadir a los beneficiarios de trabajar e incluso advierten de la imposibilidad económica de su reconocimiento; estos argumentos olvidan que la pobreza que se ha instalado en nuestras sociedades, y que se ha agudizado desde el inicio de la crisis económica, no solo tiene consecuencias en los que ahora la padecen sino que provocará que muchos de esos menores que hoy viven en hogares pobres, sean a su vez adultos pobres en un futuro. Según el

último informe AROPE «la población infantil, definida como aquella que es menor de 18 años, registra tasas muy superiores a las del resto de la población en la gran mayoría de indicadores de pobreza y/o exclusión social. Así por ejemplo, el 32,9% está en situación AROPE, el 29,7% vive en Riesgo de Pobreza y el 9,9% lo hace en Pobreza Severa y el 7,1% soporta Carencia Material Severa»²⁸, aunque ahora, y según el mismo informe, esa tasa de pobreza también está alcanzando a los jóvenes que además padecen la falta de trabajo digno. En el gráfico²⁹ se puede observar el aumento de la tasa AROPE en los jóvenes de entre 16 y 29 años:

EVOLUCIÓN AROPE EN ESPAÑA POR EDD 2008-2016



La mayoría de las Comunidades Autónomas han regulado esta prestación, aunque desde el inicio de la crisis las cuantías se minoraron considerablemente y lo mismo ocurrió a nivel estatal pues «la *Renta activa de inserción*, creada por el Real Decreto 1369/2006, se ha modificado en tres ocasiones (Real Decreto 1484/2012, Real Decreto-ley 20/2012 y Real Decreto-ley 16/2014) para reducir la cuantía de la prestación, el

tiempo de precepción de la ayuda y los beneficiarios de la misma»³⁰.

Asimismo, la duración de la prestación también suele variar, como las reguladas en Asturias, Castilla-León o Madrid que no tienen

²⁸ 7º Informe AROPE 2017 *El estado de la pobreza seguimiento del indicador de riesgo de pobreza y exclusión social en España 2008-2016*, European Anti Poverty Network.

²⁹ Ídem supra.

³⁰ TORNOS, J., «Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica». Ponencia presentada en el VI Foro de la Autonomía en el Senado, Instituto de Derecho Público de Barcelona, marzo 2017.

ningún límite temporal³¹, a los seis meses de Andalucía, aunque esta última ha sido ampliada a 12 meses. Paralelamente al disfrute de dicha prestación, se incluyen medidas que favorezcan la búsqueda y obtención de un trabajo remunerado así como la obligatoriedad de suscribir un itinerario de inserción. A modo de ejemplo podemos citar la ley 15/2001, de 27 de diciembre, de renta mínima de inserción de la Comunidad de Madrid³² cuyo artículo 12 establece las obligaciones de los beneficiarios, siendo una de ellas la de mantenerse en búsqueda activa de empleo. En Andalucía las obligaciones son muy similares; el Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social dispone que no se deben rechazar injustificadamente ofertas de trabajo adecuadas y también que se deben «solicitar las prestaciones, contributivas o no contributivas, así como reclamar los derechos que por cualquier título pudiera corresponderles a fin de incrementar sus recursos económicos, ejerciendo las acciones pertinentes para hacerlos efectivos»³³. Por lo tanto vemos cómo la renta mínima de inserción, en sus distintas denominaciones, suele ser compatible con otras prestaciones, para que así se intenten mitigar los efectos de la pobreza y la exclusión social.

Una de las últimas Comunidades Autónomas que ha regulado la renta de inclusión ha sido la Comunidad valenciana; pese a la existencia de la Ley 9/2007, de 12 de marzo, de Renta Garantizada de Ciudadanía de la Comunitat valenciana, que establecía un periodo de 2 años de empadronamiento para poder solicitarla, entre otras medidas, se multiplicaron las quejas por la dilación en su concesión. El Síndic de Greuges de la Comunitat valenciana, en el informe correspondiente al año 2015 afirmaba

que «hemos seguido recibiendo quejas de ciudadanos en relación a las alarmantes demoras en la resolución de las solicitudes de ayuda de Renta Garantizada de Ciudadanía. Esta dilación en las resoluciones afectaba directa y gravemente la vida de las personas, circunstancia que ya motivó una queja de oficio desde esta institución (...) el año anterior con la intención de que se abreviara la gestión de esta vital ayuda. Una gran parte de las quejas recibidas no sólo tenían su motivo en la demora en la resolución sino que además añadían las limitaciones propias de las incompatibilidades con otras ayudas y la falta de reconocimiento de la situación vivida en precariedad desde el momento de la solicitud hasta que se produce la concesión»³⁴. En la queja de oficio³⁵ que menciona el Informe del Síndic se ponía en duda su finalidad pues «la actual gestión de la Renta Garantizada de Ciudadanía ha provocado la pérdida de su finalidad última que, no es otra que la consecución de la inserción socio laboral de sus perceptores, no cumpliendo ni con su función asistencial de dar cobertura a las necesidades básicas de las personas en situación de necesidad» y a ello añadía que esta renta, como derecho subjetivo que es, no podía estar condicionada a la disponibilidad presupuestaria del momento, algo que va en consonancia con la jurisprudencia emanada del Comité Europeo de Derechos sociales que dispone que, aún en tiempos de crisis económica, los derechos sociales no pueden verse mermados por cuestiones económicas³⁶.

La nueva norma que regula la renta valenciana de inclusión³⁷ entró en vigor el pasado 22 de abril y en su preámbulo se puede leer lo

³¹ Datos extraídos de la ponencia mencionada *supra*.

³² Ley 15/ 2001, de 27 de diciembre, de Renta Mínima de Inserción de la Comunidad de Madrid, (BOCM nº 310, de 31 de diciembre), modificada por el artículo 5 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas fiscales y Administrativas (BOCM nº 310, de 29 de diciembre).

³³ Artículo 10 del Decreto-ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social de Andalucía, BOJA nº 245 de 27 de diciembre de 2017.

³⁴ Síndic de Greuges de la Comunitat valenciana, Informe a Les Corts, año 2015, págs. 399 – 400.

³⁵ Queja núm. 1408311, Gestión del programa de Renta Garantizada de Ciudadanía en la Comunitat valenciana, resolución de 26 de noviembre de 2015.

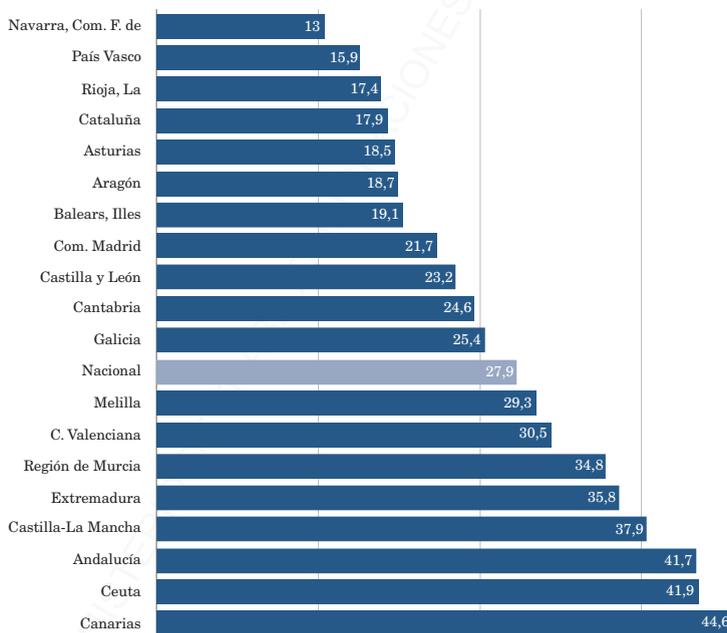
³⁶ Introducción general de las Conclusiones XIX-2 (2009): «la crise économique ne doit pas se traduire par une baisse de la protection des droits reconnus par la Charte. Les gouvernements se doivent dès lors de prendre toutes les mesures nécessaires pour faire en sorte que ces droits soient effectivement garantis au moment où le besoin de protection se fait le plus sentir».

³⁷ Ley 19/2017, de 20 de diciembre, de la Generalitat, de renta valenciana de inclusión, DOGV nº8196, de 22 de diciembre de 2017.

siguiente: «Las situaciones de necesidad de las personas exigen de los poderes públicos una inmediata y adecuada respuesta, de acuerdo con los principios rectores de la política social y económica reconocidos en el Título I de la Constitución española. Así, dichos poderes públicos deben desarrollar una acción eficaz de prevención, tutela e intervención en favor del bienestar social de toda la población, fomentando con ello el desarrollo comunitario, la cohesión social, la justicia distributiva, la igualdad de oportunidades y una mayor calidad de vida de la ciudadanía». Por lo tanto, pese a la débil protección de los derechos sociales en nuestra Constitución, la norma valenciana cumple con el mandato constitucional respecto

de la lucha contra la desigualdad y la vulnerabilidad social. De igual forma, desarrolla lo establecido en el artículo 15 del Estatuto de autonomía que dispone que «con el fin de combatir la pobreza y facilitar la inserción social, la Generalitat garantiza el derecho de los ciudadanos valencianos en estado de necesidad a la solidaridad y a una renta de ciudadanía en los términos previstos en la Ley». La ley, además, da respuesta a la situación social actual que sigue arrastrando las consecuencias de la crisis económica con unos niveles de pobreza y exclusión social que, para nada, pueden facilitar la debida garantía de la dignidad de las personas. La Comunidad valenciana en 2016 tenía una tasa AROPE del 30%, de acuerdo con el gráfico siguiente³⁸:

AROPE 2016 POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS



En la actualidad dicha situación ha mejorado. Aunque siguen habiendo hogares donde no existe ninguna entrada de dinero, por lo que urgía regular una ayuda que no solo resolviera situaciones puntuales, sino que sirviera además para iniciar el camino de vuelta hacia la inclusión. Una de las diferencias más cla-

ras que demuestra la diversa concepción de la norma valenciana derogada y la actualmente

³⁸ Gráfico extraído del 7º Informe AROPE 2017 *El estado de la pobreza seguimiento del indicador de riesgo de pobreza y exclusión social en España 2008-2016*, European Anti Poverty Network.

en vigor es que se reconoce dos derechos completamente distintos y que son un reflejo del objeto de la ley. La norma derogada reconocía el derecho a una prestación económica, ligada a un itinerario sociolaboral, sin más, sin tener en cuenta las distintas situaciones que la exclusión social crea y además haciéndola depender de su dotación presupuestaria. En cambio, la nueva norma no solo reconoce el derecho subjetivo a la inclusión social, que *«se define como el derecho a recibir los apoyos y el acompañamiento personalizado orientado a la inclusión plena y efectiva en la sociedad, en todas sus dimensiones (económica, social, laboral, sanitaria, educativa, habitacional, cultural...) que garantice un nivel de vida y bienestar adecuados»*³⁹, sino que su dotación presupuestaria será ampliable, debiéndose reconocer y conceder mientras la situación de vulnerabilidad se mantenga; por lo tanto no es una prestación económica más sino una herramienta eficaz para luchar contra la exclusión social y la pobreza. De acuerdo con las conclusiones del informe de evaluación ex-ante de la renta valenciana de inclusión⁴⁰, esta *«supondría una rotunda reducción de la pobreza severa. La nueva prestación reduciría la tasa de pobreza desde un 6,30% actual hasta un 4,77%. Es decir, reduciría la pobreza en un 24,4%, casi 75.000 personas saldrían de la situación de pobreza severa»*, aunque los resultados aún no se pueden valorar pues lleva apenas unos días en vigor en el momento de redactar el presente trabajo.

Igualmente, cabe destacar que el objetivo de la ley de dar respuesta a las distintas situaciones que provoca la exclusión social puede cumplirse dado que las prestaciones reguladas son cuatro, en función de la situación de vulnerabilidad económica, divididas en dos modalidades. Así la modalidad A, renta complementaria de ingresos ya sea por trabajo o

por prestaciones, y la modalidad B, una renta de garantía ya sea de ingresos mínimos o de inclusión social. La primera modalidad constituye una novedad en el difícil universo de la exclusión social, pues, con el antiguo sistema, si se obtenía la inserción (sic) la prestación quedaba extinta. La posibilidad de complementar un salario mediante la concesión de esta prestación podría, al menos, mitigar la precariedad de la mayoría de los salarios actuales; el factor BITH (Baja Intensidad de Empleo por Hogar) de la tasa AROPE *«agrupa a aquellas personas menores de 60 años que viven en hogares con baja intensidad de empleo, es decir, en los cuales sus miembros en edad de trabajar lo hicieron menos del 20% de su potencial de trabajo total durante el año de referencia»*⁴¹ y en 2016 el 14,9% de las personas vivían en un hogar de baja intensidad laboral, por lo que prestaciones como la renta complementaria de ingresos del trabajo supondría un alivio de dicha situación dado que además, esos hogares suelen coexistir además con privaciones materiales severas.

Otro de los puntos que dotan a la norma en vigor de mayor concreción y garantías es la definición del concepto de exclusión social y de vulnerabilidad. En la norma anterior ni siquiera quedaban definidos dichos conceptos, tan solo se encontraba una referencia en la parte dedicada a los requisitos para solicitar la prestación. En cambio, la actual norma los define de la siguiente manera:

Artículo 3. De las situaciones de exclusión y vulnerabilidad social

1. Se entiende por situaciones de exclusión social, a los efectos de esta ley, aquellas situaciones en las que las personas no tienen los recursos necesarios para cubrir sus necesidades básicas, para el ejercicio de sus derechos sociales, con limitaciones en su participación social, y se encuentran en un estado de difícil

³⁹ Artículo 2 §1º supra.

⁴⁰ Informe presentado por FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A., GRANELL PÉREZ, R., SAVALL MORERA, T. durante XXV Encuentro de Economía Pública celebrado en Valencia los días 25 y 26 de enero 2018.

⁴¹ 7º Informe AROPE 2017 *El estado de la pobreza seguimiento del indicador de riesgo de pobreza y exclusión social en España 2008-2016*, European Anti Poverty Network.

tad personal o social para su inclusión social y, en su caso, inserción laboral.

2. *Se define la condición de vulnerabilidad social como una situación de riesgo, de dificultad que inhabilita e invalida, de manera inmediata o en el futuro, a las personas o grupos afectados, en la satisfacción de su subsistencia y de calidad de vida.*

A pesar de que el mismo artículo añade en su párrafo tercero que los indicadores para determinar que dichas situaciones se dan se detallarán reglamentariamente, queda patente la intención del legislador valenciano de atacar dichas situaciones de forma más realista y personal, estudiando el caso de cada persona pues las caras de la exclusión son muy variadas y no pueden solucionarse con una misma medida para todas. Igualmente, tal y como se ha dicho, la anterior ley no reconocía un derecho a la inclusión social, sino un derecho a una mera prestación que no requería un estudio caso por caso, sino que se concedía sin más si se cumplían todos los requisitos.

Por último, pero no menos importante, la nueva renta valenciana de inclusión también podrá ser reconocida a los extranjeros en situación irregular, pues a ella se puede acceder tanto si se reside como si se está empadronado, al menos durante un año, de acuerdo con lo dispuesto en su artículo 12; asimismo, el tiempo mínimo de residencia no contará «*en el caso de personas refugiadas, asiladas y las víctimas de violencia de género o de explotación sexual o trata*». Esta medida ha recibido muchas críticas a nivel de redes sociales y de comentarios en algunas noticias de diarios valencianos, la mayoría de ellos con un claro sesgo xenófobo que se refieren a que los extranjeros reciben más ayudas que los españoles; pese a que este inciso no aporta nada al debate jurídico sobre los derechos sociales, sí que sería necesario un debate social sobre esta concepción, que raya en lo racista, de la titularidad de los derechos sociales que, al fin y al cabo, son derechos fundamentales y por lo tanto se otorgan a personas, sin nombres ni apellidos, por el mero

hecho de serlo. La dignidad de la persona no es un valor otorgable dependiendo del origen o situación de la persona, es un valor universal.

Para finalizar esta parte, podemos afirmar que, a la espera de los resultados de la incidencia de la norma valenciana sobre los índices de pobreza y exclusión social, esta puede encuadrarse en las medidas que exige el artículo 30 de la Carta Social Europea revisada que España, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, no ha ratificado este texto desde que lo firmó en el año 2000, demostrando el nulo interés que existe por reforzar nuestro Estado social y democrático de derecho. Son pues las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial, las que están realizando esfuerzos por paliar los graves efectos de la crisis económica y financiera que cumple ya diez años. Pese a este esfuerzo, y en relación con el artículo 13 §1 de la Carta Social Europea, que regula el derecho a la asistencia social y médica, España sigue suspendiendo a la vista de la situación de no conformidad declarada en las Conclusiones XXI-1 (2017) del Comité Europeo de derechos sociales, donde expresa su disconformidad debido a que el reconocimiento de una renta mínima sigue condicionado a la duración de la residencia en la mayoría de las Comunidades Autónomas, además de estar subordinado también a criterios de edad y no se concede mientras el estado de necesidad persista, sino que tiene un límite temporal. De acuerdo con la norma valenciana en vigor, esta sí que cumpliría con lo establecido por el Comité, por lo que serían, una vez más, las Comunidades Autónomas las que están dando mayor importancia a los derechos sociales e, indirectamente, a las recomendaciones extraídas de la interpretación de la Carta Social Europea.

A MODO DE CONCLUSIÓN, UNAS REFLEXIONES SOBRE EL PANORAMA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA

La crisis económica y financiera que ha asolado España, y otros países europeos, ha

demostrado la enorme importancia que tienen los derechos sociales en relación no solo con la garantía de la dignidad de la persona, sino además con su propia supervivencia. Los derechos sociales afectan a la vida de las personas, no solo a sus condiciones laborales, a sus salarios, sino a su salud, a la posibilidad de tener una vivienda digna o a la capacidad de desarrollarse como persona. La Constitución española, en su artículo 9 §2 dispone que *«corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social»*; pese a que el mandato constitucional es muy claro, los obstáculos siguen presentes en nuestras vidas, configurados como normas que reducen el gasto público y que reducen derechos sociales hasta dejarlos completamente exhaustos, o como fallos de un Tribunal Constitucional que, en gran parte, ha perdido su cualidad de intérprete supremo de la Constitución. Estas afirmaciones puede que sean muy duras, pero la realidad manda. Cada Comunidad autónoma que ha intentado dar oxígeno a las personas, mediante su actividad legislativa amparada en el principio de autonomía, proporcionando soluciones a problemas sociales, reciben como respuesta de este Tribunal continuas negativas, ya no solo en aras de la necesaria y debida austeridad económica, sino también de una supuesta *obediencia debida* a las normas del Estado, quebrando tanto la justicia social como el derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de nuestra Constitución; valga este comentario como primera reflexión, pues no es objeto de este trabajo analizar la ingente faena que, por culpa de las Comunidades Autónomas, tiene actualmente nuestro Tribunal Constitucional, ni su repercusión en la vida de las personas.

En cambio, sí que es objeto del presente trabajo, analizar la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de derechos sociales, teniendo como referencia la

Carta Social Europea. El tratado del Consejo de Europa sigue siendo un gran desconocido; basta leer los preámbulos de las normas comentadas, pues la mayoría optan por mencionar la Declaración Universal de derechos humanos, un clásico, y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, como únicos referentes en los que la norma se ha inspirado. En cambio, la Carta Social Europea apenas se menciona y, a veces, de forma incorrecta, lo que demuestra la gran oportunidad que estamos perdiendo a la hora de legislar sobre derechos sociales. De todas formas, hemos podido comprobar que, aun de forma indirecta, las normas analizadas han sabido adaptar algunas de las disposiciones de la Carta Social Europea, como las referentes a la vivienda, la salud o la lucha contra la pobreza y la exclusión social, pese a que dos de ellas pertenecen a la versión revisada de 1996 que España aún no ha ratificado. Si el clamor por tener un Estado social fuerte, reflejado no solo en la calle sino en la actividad legislativa a nivel autonómico, no hace reflexionar al Gobierno central y dejar de lado las políticas de austeridad, que lo único que están provocando es el empobrecimiento de la sociedad, se puede poner en entredicho su respeto a la Constitución y a los mandatos en ella contenidos. La Carta Social Europea forma parte de nuestro ordenamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 96 §1º, aunque ello parece no afectar a la actividad legislativa a nivel estatal, que la ningunea sin más. El Comité Europeo de derechos sociales, pese a que identifica progresos, sigue requiriendo a España que cumpla con sus obligaciones respecto a la Carta, tal y como se ha descrito en el punto anterior en relación con el artículo 13 §1º de la CSE; y, sin embargo, la actitud del Gobierno español sigue siendo la misma: no solo no cumple con sus obligaciones sino que bloquea la actividad legislativa autonómica cuando esta intenta enmendar la dejadez del Gobierno.

En la actualidad, y debido al problema catalán, el debate político está retomando una posible reforma de la Constitución, sobre todo

en relación con su configuración territorial. Sin desmerecer la importancia de ese asunto, cabría reflexionar sobre la reforma del capítulo tercero del Título I, la referente a los Principios rectores de la política social y económica, donde se encuentra el grueso de los derechos sociales reconocidos en el texto constitucional. Si realmente creemos en un Estado social y democrático y queremos dar un giro a la garantía de la justicia social en nuestro país, la reforma constitucional debería empezar por ahí. Este comentario no es fruto de una percepción personal, sino que, a mayor abundamiento, el Comité de derechos económicos, sociales y culturales se pronunció en el mismo sentido recientemente; así este Comité, órgano que controla correcta aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, manifestó su preocupación, en referencia a los principios rectores, y además exigió que se tomaran «*las medidas legislativas pertinentes para garantizar que los derechos económicos, sociales y culturales cuenten con un nivel de protección análogo al que se brinda a los derechos civiles y políticos*». Por lo tanto, es una reflexión que debería ocupar no solo el debate sobre la reforma constitucional sino además sobre qué Estado social queremos, uno sometido a las imposiciones económicas o uno fuerte y preocupado por el bienestar y la dignidad de la

ciudadanía en general que garantice el pleno desarrollo de la persona.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M.A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.
- ESCOBAR ROCA, G. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, B. *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, ESCOBAR ROCA, G. (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2012.
- FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A., GRANELL PÉREZ, R., SAVALL MORERA, T. Informe de evaluación ex-ante de la renta valenciana de inclusión, XXV Encuentro de Economía Pública, Valencia 25-26 enero 2018.
- PETTITI L. «*Pauvreté et Convention européenne des droits de l'homme*», *Revue Droit Social*, n°1, enero 1991.
- RAVENTÓS, D. *El derecho a la existencia*, Ariel practicum, 1999.
- SUDRE, F. «*La notion de «peines et traitements inhumains ou dégradants» dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour Européennes des Droits de l'Homme*», *Revue Générale de Droit International Public*, París, Tomo LXXXVIII
- TORNOS, J., «*Derechos sociales, comunidades autónomas y crisis económica*», VI Foro de la Autonomía en el Senado, Instituto de Derecho Público de Barcelona, marzo 2017.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo principal llamar la atención sobre la necesidad de garantizar los derechos sociales como herramienta para construir unas bases más sólidas de nuestro Estado social y democrático de derecho. La crisis ha mermado considerablemente no solo la dignidad de las personas sino su capacidad para recuperarla, al haber socavado las bases del Estado de bienestar mediante medidas de austeridad impuestas para conseguir una dudosa recuperación económica. Esta crisis y estas medidas han tenido como consecuencia el aumento de la pobreza y la exclusión social, la expulsión de determinados colectivos vulnerables de los sistemas de protección social o de la asistencia sanitaria y ha creado un poso de miseria del que tardaremos en desprendernos.

Las políticas de austeridad se han plasmado en normas de distinto rango cuyo fin ha sido limitar el gasto público en cuestiones de índole social, como la educación, la sanidad, la vivienda o las prestaciones sociales; estos ámbitos poseen un vínculo directo con la dignidad de la persona y con su propio desarrollo como tal, ambos en la actualidad muy heridos. Los niveles de pobreza y exclusión social, pese a estar disminuyendo tímidamente, dejarán secuelas graves como la herencia de esas situaciones, los menores pobres de hoy en día, posiblemente, serán adultos pobres. Si esto ocurre nuestro Estado social y democrático de derecho, proclamado en el artículo 1 de la Constitución no será más que una frase vacía de contenido.

Frente a esta situación, han sido las Comunidades Autónomas las que han reaccionado. Desde 2015, muchas de ellas han emprendido la senda contraria, intentando, mediante leyes y decretos, contrarrestar el avance de las medidas de austeridad; algunas ya habían tomado distintas medidas antes de ese año, pero las elecciones autonómicas de 2015 permitieron que entraran nuevos equipos de gobierno más preocupados por las cuestiones sociales y por mitigar las consecuencias de una crisis que ha atenazado a la mayor parte de la sociedad. Para nada este trabajo pretende ser una loa a una determinada opción política, sino un análisis de la actividad normativa autonómica en pos de la garantía de la dignidad de la persona y de la justicia social.

Dicho análisis se efectuará tomando como referencia la Carta Social Europea, tanto en su versión original como revisada, dado que este texto se ha impuesto como fundamental para la consecución del debido respeto de los derechos sociales, su garantía y justiciabilidad. Pese al desconocimiento que aún impera en nuestro país y a la continua negativa respecto de la ratificación de la versión revisada por España, la Carta Social Europea debería erigirse como referencia a la hora de regular sobre derechos sociales. Por ello se han elegido tres derechos sobre los que la actividad normativa autonómica ha sido especialmente profusa; el derecho a la asistencia sanitaria, por su conexión con el derecho a la vida, el derecho a una vivienda por ser básico para el desarrollo de la persona, y el derecho a una renta mínima, por ser una herramienta para la lucha contra la pobreza y la exclusión social. Este análisis servirá no solo para poner en valor el principio de autonomía y la aplicación del sistema competencial en las Comunidades Autónomas, sino para reclamar que el Estado español ratifique la Carta Social Europea revisada y, de paso, el protocolo de reclamaciones colectivas, si realmente quiere demostrar con acciones su preocupación por la situación social en España.

De igual forma, a lo largo del estudio de la normativa autonómica, se mencionará brevemente la actividad del Tribunal Constitucional contra dicha normativa. Últimamente son demasiado numerosas las invocaciones al artículo 33 §2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, pues en esta última legislatura se ha multiplicado la celebración de Comisiones bilaterales de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas para evitar posibles recursos de inconstitucionalidad contra normativa social, entre otros

asuntos. Pese a que el uso del procedimiento negociador es totalmente legítimo, pues se encuentra reconocido en distintas normativas, de las cuales sobresale el artículo 33 §2º de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, parece sustraerse de su prolífico uso la voluntad del ejecutivo central de frenar cualquier mejora social que las Comunidades Autónomas lleven a cabo. De acuerdo con lo analizado en el presente artículo, se ha convocado la Comisión bilateral de cooperación en relación con normativas que regulaban el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, el derecho a la vivienda o la pobreza energética. Dichos derechos son clave para el reconocimiento de la dignidad de la persona y, pese a ello, el ejecutivo central ha intentado imponer su punto de vista y su interpretación de la Constitución, coartando así el nuevo impulso al Estado social iniciado por los gobiernos autonómicos, tras las elecciones de 2015.

El presente estudio no solo tiene como objetivo reivindicar una justa defensa de los derechos sociales, así como de su reconocimiento y justiciabilidad, sino además demostrar que existe un claro alejamiento de las posturas del gobierno central y de las Comunidades Autónomas en temas tan sensibles como la garantía de la dignidad de la persona. El mandato constitucional del artículo 10 §1º *«la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»* parece haber perdido sentido tras los arrolladores efectos de la crisis económica y financiera. Si bien esta afirmación pudiera parecer algo tajante, la realidad se impone y la pobreza y la exclusión social siguen aumentando y golpea no solo a los adultos sino a los que en 2008 eran niños y hoy en día son jóvenes. Asimismo, este desinterés por la dignidad de la persona, y por dar cumplimiento al precepto constitucional antes mencionado, se observa también en la absurda negación frente a la ratificación de la Carta Social Europea revisada y su protocolo sobre reclamaciones colectivas. Pese a no haber ningún obstáculo jurídico, los sucesivos gobiernos que se han formado, desde la firma de la versión revisada de la Carta en el año 2000, han dejado de lado la finalización de los trámites para su ratificación con argumentos peregrinos, expresión de la indolencia de los distintos gobernantes frente a la necesidad de construir un Estado social fuerte y sólido. La Carta Social Europea, al contrario, no supone una curación milagrosa de la malograda situación social que aún se vive en España, y cuyos efectos se dejarán notar en varias generaciones, pero sí que resulta evidente su importancia, no solo por su contenido, sino además por la jurisprudencia emanada del Comité Europeo de Derechos Sociales que, interpretando los derechos de la Carta, dando vida a los mismo, intenta atajar las situaciones precarias que se dan en la actualidad. Por lo tanto, un gobierno que apostara realmente por el Estado social y democrático de derecho, por su concreción y garantía, no debería ignorar dolosamente la importancia de la Carta Social Europea, de la constitución social europea por antonomasia.

Palabras clave: Comunidades Autónomas; Carta Social Europea; dignidad; justicia social; vivienda; salud; renta mínima.

ABSTRACT

The present work aims at drawing attention to the need to guarantee social rights as a tool to build a more solid foundations of our social and democratic State of law. The crisis has diminished considerably not only the dignity of the people but their ability to recover it, have undermined the foundations of the State of well-being through austerity measures imposed to get a dubious economic recovery. This crisis and these measures have resulted in increased poverty and social exclusion, the expulsion of certain vulnerable groups of systems of social protection or health care and created a sediment of misery from which it will take a long time to get out.

The austerity policies have resulted in rules of different rank whose purpose has been to limit public spending on issues of social nature, such as education, health, housing or social benefits; these areas have a direct link with the dignity of the person and their own development as such, both very injured at present. Levels of poverty and social exclusion, despite have been declining shyly, will leave serious effects such as the inheritance of these situations, poor children today, possibly will be poor adults. If this happens our social and democratic State of law, proclaimed in article 1 of the Constitution, will not be more than an empty phrase.

Faced with this situation, the autonomous communities have reacted. From 2015, many of them have undertaken the opposite path, trying through laws and decrees to counter the advance of austerity measures; some had already taken various steps before that year, but the autonomic elections of 2015 allowed to enter new Government teams more concerned by social issues and committed to mitigate the consequences of a crisis that has gripped to the greater part of society. All this work do not aim to be a praise to a given policy option, but an analysis of autonomic regulatory activity in pursuit of the guarantee of the dignity of the person and the social justice.

This analysis will take as a reference the European Social Charter, in its original version and also the revised one, given that this text is fundamental for the achievement of due respect for social rights, its warranty and justiciability. Despite the ignorance that still prevails in our country and the continuous refusal with regard to the ratification of the revised text by Spain, the European Social Charter should be a reference for the regulation of social rights. For this reason we have chosen three rights about which the autonomous legislative activity has been especially profuse; the right to health care, due to its connection with the right to life, the right to housing, as being basic to the development of the person, and the right to a minimum income, as a tool for combating poverty and social exclusion. This analysis will serve not only to put in value the principle of autonomy and the implementation of the competence system in the autonomous communities, but also to claim that the Spanish State should ratify the revised European Social Charter and, by the way, the Protocol providing for a system of collective complaints, if the Government really wants to show its concerns for the social situation in Spain.

Similarly, throughout the study of the autonomous legislation, we shall state briefly the activity of the Constitutional Court against these regulations. Lately, we are finding too many invocations to the article 33§2 of the law of the Constitutional Court, because in this last term the celebration of bilateral cooperation commissions between the State and the autonomous communities has increased, in order to avoid possible appeals of unconstitutionality against social legislation, among other issues. While the use of the negotiating procedure is completely legitimate, as it is recognized in various regulations, of which stands out the article 33 §2 of the law of the Constitutional Court, appears to deviate from its prolific use the will of the central executive to stop any social improvement that the autonomous communities are carrying out. According to what is going to be analyzed in this article, it has been called the bilateral Commission for cooperation in relation to regulations governing the right to health care of foreigners in irregular situation, the right to housing or the energy poverty. These rights are key to the recognition of the dignity of the person and, despite this, the central Executive has tried to impose his

point of view and his interpretation of the Constitution, thus thwarting the new impulse to the welfare state begun by autonomous Governments, following elections in 2015.

This study not only aims to claim a fair defense of social rights, as well as its appreciation and justiciability, but also to demonstrate that there is a clear shift away from the positions of the central Government and autonomous communities on issues as sensitive as the guarantee of the dignity of the person. The constitutional mandate of article 10 § 1 ° «*the dignity of the person, the inviolable rights that are inherent to it, the free development of the personality, respect for the law and the rights of others are the foundation of political order and social peace*» seems to be lost consciousness after the sweeping effects of the financial and economic crisis. While this statement may seem blunt, reality rules and poverty and social exclusion continue to rise and hit not only to adults, but also those in 2008 were children and today are young. In addition, this disregard for the dignity of the person, and comply with the above mentioned constitutional precept is also observed in absurd denial against the ratification of the revised European Social Charter and its Protocol on collective complaints. Despite not having any legal obstacles, the successive Governments that have been formed, since the signing of the revised version of the Charter in the year 2000, they have cast aside the completion of formalities for its ratification with pilgrims arguments, expression of the indolence of the different governs against the need to build a social State strong and solid. The European Social Charter, on the opposite, is not a miraculous cure of ill-fated social situation that still exists in Spain, and whose effects will be felt in several generations, but it is clear indeed its importance, not only for its content, but also by the jurisprudence emanated from the European Committee of social rights which, interpreting Charter rights, giving life to them, attempts to tackle the precarious situations that occur today. Therefore, a Government that really bet by the social and democratic State of law, for its realization and guarantee, should not intentionally ignore the importance of the European Social Charter, the European social Constitution par excellence.

Keywords: Autonomous communities; European Social Charter, dignity; social justice, housing; health, minimum income.

Reformar la Constitución en clave (ordo)liberal. El mercado único y la libre competencia como garantía de los servicios públicos*

Constitutional reforms according to (ordo)liberal keys. Common market and free competence as guarantee of public services

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ**

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo plantea la necesidad de abordar la reforma de la Constitución en clave ordoliberal o, simplificando, permitiendo un auténtico mercado único que funcione respetando la libre competencia y garantizando unos servicios sociales de alta calidad. Para ello en primer lugar se desarrolla un análisis de la relación entre Constitución y economía (II), haciendo hincapié en la relación entre actividad económica y surgimiento del Estado (definiendo también conceptos tales como

el ordoliberalismo y la «constitución económica»). A continuación, se plantea una propuesta de reforma de la Constitución española (centrada en tres aspectos: mercado único, defensa de la competencia y eficiencia de los servicios públicos). Finalmente, se cierra el estudio con un breve apartado de conclusiones que reivindicarían la necesidad de introducir estos cambios en nuestro texto constitucional.

2. CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA¹

2.1. La actividad económica y la génesis del Estado

La intervención pública en la economía es un hecho que se viene produciendo desde que se tiene constancia de formas complejas de organización social. Desde los imperios antiguos (Egipto, Mesopotamia o China) hasta la poliarquía medieval, pasando por la polis griega o las formas políticas que se sucedieron en la cultura romana (*civitas*, República o Imperio),

* Este trabajo es resultado de los proyectos de investigación «Las mutaciones de la constitución económica de la Unión Europea» (DER2013-48327-C3-2-R, Ministerio de Economía y Competitividad, 2014-2016), «The Economic Constitution of the European Union» (553481-EPP-1-2014-1-ES-EPPJMO-MODULE / 2014-1391, Jean Monnet Action, EACEA-Comisión Europea, 2014-2017) y en el marco del grupo de investigación «Las mutaciones del poder público y el Derecho transnacional» (IT997-16, Gobierno Vasco, 2016-2018) y de la «Red Temática en Justicia constitucional y diálogo judicial» (DER2016-81801-REDT, Red de Excelencia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2017-2019). Una primera versión de este trabajo se presentó al XVI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Universidad de Málaga, 26-27 abril 2017. El autor agradece los comentarios, críticas y correcciones de D. Mateo SILOS RIBAS (Principal Economist en Ofwat, organismo regulador y autoridad de competencia del sector del agua en Inglaterra y Gales). Los errores son sólo del autor.

** Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Deusto.

¹ Este punto es una síntesis de las ideas desarrolladas en trabajos anteriores, entre ellos GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. Ensayo de una caracterización del Derecho económico europeo», GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant, Valencia, 2018, (en prensa).

el poder público ha monopolizado, controlado o, al menos, condicionado la actividad económica. Ya sea estableciendo el monopolio de la venta de grano (ej. en Egipto, a través de los templos), estableciendo las normas del comercio (como en la *polis* y otras formas antiguas) o estableciendo aranceles y monopolios, a veces, en manos gremiales (como en la poliarquía medieval), el poder político siempre ha tratado de someter a su control la actividad económica². Las restricciones, a la competencia en servicios profesionales figuraba, incluso, en el propio Código de Hammurabi en el 1750 a. C.³.

La liberalización de la actividad económica, de hecho, fue un vector en la evolución y configuración del propio Estado moderno. Además de la garantía de la seguridad, la «inocente libertad» y un protoconcepto de la igualdad (al menos formal) que preconizaba el Estado *hobbesiano*, el Estado que surge en la modernidad vincula la libertad del individuo a una esfera de autodeterminación individual también de corte económico, es decir, incluyendo la capacidad de emprender actividades económicas con un control tendencialmente moderado por parte del poder público⁴. La sociología jurídica ha ido más allá, hasta

el punto de establecer una diferenciación entre «Estados fuertes» y «Estados débiles» en función, básicamente, del nivel de control de éstos sobre la vida de sus ciudadanos y, particularmente, en lo que se refiere al aspecto económico. Los Estados fuertes (cuyo ejemplo clásico es Francia) serían aquellos que surgen como contestación radical a un paradigma de organización político-institucional anterior que se resistía a la adaptación de la nueva economía (el mercantilismo y posteriormente el capitalismo frente a los antiguos modos de explotación de la tierra a través de siervos y modelos esencialmente medievales). Los Estados débiles (la Inglaterra de la modernidad o los Países Bajos postmedievales), por su parte, serían aquellos cuya estructura político-institucional mostró una gran flexibilidad y capacidad de adaptación al nuevo sistema económico que no se basaba ya en la sangre o en la propiedad de la tierra, sino en la capacidad de crear un valor añadido en productos manufacturados, esencialmente, aumentando los niveles de eficiencia económica⁵. En todo caso, lo que estas doctrinas y análisis concluyen de manera difícilmente refutable, es que la evolución de la configuración del poder público está íntimamente relacionada con la evolución de la economía.

Esta tendencia, la progresiva liberalización de la actividad económica, vinculada a la libertad individual, es la que inspira el modelo del Estado liberal y el primitivo constitucionalismo. Los primeros textos constitucionales son parcos en la regulación de la actividad económica y, cuando lo hicieron, se empezaron a centrar más en la actividad económico-financiera del Estado (básicamente, en el tema relacionado con la recaudación de impuestos

² La bibliografía sobre esta cuestión es inabarcable, para una muestra, véase los clásicos CHATELET, F., *Historia de las ideologías*, Zero Zyx, Madrid, 1978; CHATELET, F.; DUHAMEL, O.,; PISIER, E., *Historia del Pensamiento Político*, Tecnos, Madrid, 2006 (1ª ed. en francés 1982); GANSHOFF, F. L., *El feudalismo*, Ariel, Barcelona, 1974; GARCÍA COTARELO, R., *Introducción a la teoría del Estado*, Teide, Barcelona, 1981; HELLER, H., *Teoría del Estado*, FCE, Madrid, 1946; PIRENNE, H., *Historia Económica y Social de la Edad Media*, FCE, México, 1963; SABINE, G. H., *Historia de la teoría política*, FCE, Madrid, 6ª reimp., 2002 (3ª ed. español 1994 - corregida y aumentada por Thomas Landon Thorsonen-, 1ª edición en inglés 1937); TOUCHARD, J., *Historia de las ideas políticas*, Tecnos, Madrid, 1972. Más recientemente, véase BEOBIDE EZPELETA, I. M.; GORDILLO PÉREZ, L. I., *La naturaleza del Estado: origen, tipología y lógica de actuación política y social*, Tecnos, Madrid, 2012.

³ Así, por ejemplo, las leyes 268 a 277, particularmente la ley 274 que establecía limitaciones de precios en los servicios de los artesanos. Véase LARA PEINADO, F. (Trad. y comentarios), *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., 2012, pp. 45-46.

⁴ GORDILLO PÉREZ, L. I., «¿Por qué surge el Estado? Una metodología holística para entender el origen, la función y los retos del poder público», *Pensamiento: Revista de investiga-*

ción e Información filosófica, Vol. 72, núm. Extra 272, 2016, pp. 563-591.

⁵ BADIE, B., BIRBAUM, P., *Sociologie de l'État*, Grasset, Paris, 2e ed., 1982, reimp. 2004, p. 116; ETZIONI, A., «The Epigenesis of Political Communities at the International Level», *American Journal of Sociology*, Vol. LXVIII/4 4, 1963, pp. 407-421; ANDERSON, P., *Lineages of the Absolutist State*, New Left Books, London, 1974, especialmente, pp. 15-42 y 397-431; WALLERSTEIN, I., *The Modern World System*, Academic Press, New York, 1974.

y el gasto público) que en otros aspectos más básicos relativos a la definición de un modelo económico⁶. Quizá por ello que algunos autores se centran en el concepto de «constitución económica» y otros prefieren el de «constitución financiera»⁷. Podría, desde el punto de vista semántico, establecerse una distinción entre un Derecho constitucional económico que se refiere a los fundamentos del sistema económico (opción por una economía dirigida o de libre mercado, propiedad privada, libre circulación, etc.) y por uno financiero que quede circunscrito a los aspectos más relacionados con la hacienda pública. Sin embargo, en este trabajo, emplearemos la expresión genérica de «constitución económica» para referirnos a ambas categorías conceptuales.

2.2. Constitución económica y ordoliberalismo

Los estudiosos de la cuestión han asumido tradicionalmente la expresión «constitución económica», que ya se utilizaba en el clásico Derecho constitucional, para referirse al «marco jurídico fundamental de la estructura y funcionamiento de la actividad económica» o, dicho con otras palabras, el «orden jurídico fundamental de los bienes, fuerzas y procesos económicos»⁸. Hay quien, empleando un con-

cepto más amplio, también vincula el concepto de constitución económica con normas programáticas relativas a la justicia social o los derechos sociales⁹. En esencia, y para lo que importa a este trabajo, partiremos del concepto de constitución económica entendido como ordenación de la economía a través de normas asimilables al rango constitucional¹⁰.

La doctrina se ha esforzado en establecer clasificaciones que aporten algo de claridad y establezcan categorías más o menos «puras» que sirvan para simplificar los términos del debate. Así, a los efectos de este trabajo, merece la pena recordar la clasificación inicial que recopila la doctrina más activa en la materia en los últimos años y que divide las «constituciones económicas» en tres grandes categorías: liberal, marxista e intervencionista¹¹. La

Igualmente, *vide* BAQUERO CRUZ, J., *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Community*, Hart, Oxford, 2002, p. 29; JOERGES, C., «What is Left of the European Economic Constitution?», *EUI Working papers Law*, No. 13, 2004; DEBARGE, O.; GEORGOPOULOS, T.; RABAAY, O. (Eds.), *La Constitution économique de l'Union européenne. 2e Rencontres du GIEPI 12 et 13 mai 2006*, Bruylant, Bruxelles, 2008 o el ya clásico CASSESE, S., *La nuova costituzione economica*, 3ª ed., Laterza, Roma, 2007.

⁹ Así, *vide, inter alia*, CASCAJO CASTRO, J. L.; TEROL BECERRA, M. J.; DOMÍNGUEZ VILA, A.; NAVARRO MARCHANTE, V. J. (Coords.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant, Valencia, 2012; TEROL BECERRA, M. J.; JIMENA QUESADA, L. (Dirs.), *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant, Valencia, 2014.

¹⁰ Así, *vide* BAQUERO CRUZ, J., *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 57 donde el autor se refiere a un «Derecho constitucional económico». Igualmente, *vide* ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española», *op. cit.*, especialmente, p. 128, donde el autor emplea la expresión, y también en ALBERTÍ ROVIRA, E., «Criterios constitucionales de la intervención pública en economía», *VV. AA., La Constitución económica. XVII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2012, p. 83 (77-105).

¹¹ Sobre esta clasificación, *vide* *Estudios de Deusto*, Vol. 64/1, 2016, monográfico dedicado a «Constitución y mercado en la crisis de la Unión Europea», coordinado por J. L. GARCÍA GUERRERO y M. L. MARTÍNEZ ALARCÓN, concretamente los trabajos de J. LÓPEZ DE LERMA GALÁN («La constitución económica liberal como garantía del libre mercado. Los derechos de propiedad privada y libertad de empresa») y de L. PÉREZ HERNÁNDEZ («La Constitución económica socialista y sus fundamentos»). Igual-

⁶ *Vide* los clásicos KRÜGER, H., «Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung», *Deutsches Verwaltungsblatt*, Vol. 65, 1951, pp. 361-368; CONSTANTINESCO, L. J., «La constitution économique de la République fédérale allemande», *Revue économique*, Vol. 11/2, 1960, pp. 266-290; ISENSEE, J., «Steuerstaat als Staatsform», *Hamburg, Deutschland, Europa: Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr, Tübingen, 1977, pp. 409-436.

⁷ En el caso español, por ejemplo, entre los primeros estaría, entre otros, ALBERTÍ ROVIRA, E., «La Constitución económica de 1978: reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV aniversario de la Constitución española», *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 71, 2004, pp. 123-160 y entre los segundos YEBRA MARTUL-ORTEGA, P., *Constitución financiera española. Veinticinco años*, IEF, Madrid, 2004, especialmente, pp. 27-75.

⁸ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho constitucional español*, 6ª ed., Publicaciones UCM, Madrid, 2010, p. 596.

constitución liberal clásica es aquella que se centra en la protección de la unidad de mercado y las libertades económicas, reduciendo el papel del Estado a garantizar la igualdad en el ejercicio de la actividad económica y la libertad de circulación. Algunos modelos liberales, como EE UU, añadieron la necesidad de proteger la libre competencia, para frenar los efectos perniciosos que producía en el mercado los abusos de posiciones de dominio o situaciones cuasi-monopolísticas. La constitución marxista sería aquella que pretende regular todos los aspectos de la vida económica, asumiendo incluso la propiedad pública de todos los medios de producción. Es decir, los elementos fundamentales serían planificación estatal, ausencia de libertad individual y de propiedad privada y énfasis en la redistribución de la riqueza a través de un sistema de políticas sociales que busca una nivelación absoluta de las condiciones de vida de los ciudadanos. La constitución intervencionista sería aquella que, inspirada en la socialdemocracia de la postguerra y en postulados keynesianos, establece una intervención más o menos exhaustiva en la vida económica. Mantiene las libertades económicas individuales y permite los medios privados de producción, pero los combina con los públicos, unidos a una regulación del mercado más o menos intensa, en función de los Estados. Es decir, se permite una cierta planificación económica (que no acabe con la iniciativa privada), la participación de organizaciones empresariales y sindicales en el diseño e implementación de políticas típicamente económicas (como la negociación de convenios colectivos o emisión de dictámenes a través de órganos como los consejos económicos y sociales, por ejemplo) o la reserva de ciertos recursos o servicios públicos a la iniciativa pública¹².

mente, *vide* GARCÍA GUERRERO, J. L., «La desconstitucionalización de la constitución económica española», GORDILLO PÉREZ, L. I. (Coord.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho constitucional de la integración*, Tirant, Valencia, 2017, pp. 259-307, especialmente, p. 263.

¹² Para una síntesis de estos tres modelos, *vide* GARCÍA GUERRERO, J. L., «Las integraciones económicas supraestatales y

Frente a estos tres modelos clásicos, que podríamos denominar «puros», emergió una revisión de los anteriores que cristalizó en una versión de constitución económica de la mano del «ordoliberalismo» de la escuela de Friburgo¹³. El enfoque ordoliberal no se contentaría con la simple identificación de las normas constitucionales que regulan la actividad económica, sino que se decantaría más bien en favor de una política coherente para con el buen funcionamiento de la economía en el amplio contexto del ordenamiento político y constitucional. En este sentido el ordoliberalismo defiende una teoría normativa proponiendo elementos específicos a la regulación de la economía, haciendo de la libre competencia el centro de su planteamiento. El ordoliberalismo ha tenido un tremendo impacto en la política y la regulación económicas en Alemania e, igualmente, en el ámbito de la Unión. Por ello, no resulta extraño que gran parte de los autores que vienen analizando el Derecho económico europeo sean de esta nacionalidad ni que, de la misma manera, la doctrina haya

los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución», JORGE PRATS, E.; VALERIO JIMENÍAN, M. *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional. Liber Amicorum en Homenaje al profesor Dr. Juan Manuel Pellerano Gómez*, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional y Librería Jurídica Internacional, Santo Domingo, 2014, pp. 551-555 (544-591).

¹³ Sobre el ordoliberalismo, que toma su nombre del anuario auspiciado por la Escuela de Friburgo (*Ordo: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*) *vide* el manifiesto fundacional BÖHM, F.; EUCKEN, W.; GROSSMANN-DOERTH, H., «Ordo Manifesto of 1936», PEACOCK, A. M.; WILLGERODT, H. (Eds.), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, London, 1989, pp. 15-26. Sobre esta cuestión, *vide* GORDILLO PÉREZ, L. I.; CANEDO ARRILLAGA, J. R., «La constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5/1, 2013, pp. 163-183, especialmente, pp. 165-168 y la bibliografía allí citada. Para una visión crítica del ordoliberalismo, *vide* NEDERGAARD, P.; SNAITH, H., «As I Drifted on a River I Could Not Control: The Unintended Ordoliberal Consequences of the Eurozone Crisis», *Journal of Common Market Studies*, Vol. 53/5, 2015, pp. 1094-1109.

abrazado el concepto doctrinal alemán de «constitución económica»¹⁴.

Por lo que al modelo ordoliberal se refiere, la Escuela de Friburgo, liderada por un economista (Walter EUCKEN) y dos juristas (Franz BÖHM y Hans GROSSMANN-DOERTH) que sufrieron el nazismo y las dos guerras mundiales, abogó por llevar a la práctica un modelo económico más «humano»¹⁵. Así pues, estos autores pasaron del análisis económico descriptivo a la economía normativa. Defendían la necesidad de proteger la libertad individual en todos los campos, tanto en el ámbito político-social como en el ámbito económico. Partiendo de este postulado, la sociedad preferiría el sistema que más eficazmente protegiese la libertad individual de los ciudadanos frente a la dominación económica¹⁶. Como antes se avanzó, ni una economía centralizada y planificada ni tampoco un sistema totalmente desregulado responderían al mejor y más «humano» sistema económico. Situaciones de dominación económica y dependencia también pueden desarrollarse en el marco de economías de mercado a través de estructuras monopolísticas. De ello deducirían que sólo un cierto modelo económico garantizaría la libertad individual (ya reconocida formalmente en el ámbito jurídico constitucional): una economía basada en la libre competencia.

¹⁴ Gerber, D. J., «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe», *American Journal of Comparative Law*, Vol. 42/1, 1994, pp. 25-84; DREXL, J., «La Constitution économique européenne – L'actualité du modèle ordolibéral», *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 t.XXV, pp. 419-454.

¹⁵ La bibliografía sobre la Escuela de Friburgo es amplia. Además de lo ya anotado anteriormente, puede consultarse un resumen de sus postulados junto con una muy seleccionada bibliografía en VANBERG, V. J., «The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism», *Freiburg discussion papers on constitutional economics*, No. 04/11, 2004, disponible en <<http://hdl.handle.net/10419/4343>>, última consulta: 8 julio 2017.

¹⁶ Sobre esta cuestión, vide EUCKEN, W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, Berlin/New York, 1992; EUCKEN, W., «A Policy for Establishing a System of Free Enterprise», WÜNSCHE, H. F. (Ed.), *Standard Texts on the Social Market Economy: Two Centuries of Discussion*, Fischer, Stuttgart, 1982, pp. 115-131.

Esto es, las libertades políticas no garantizan automáticamente libertad económica a todos los miembros de la sociedad. Al contrario, los agentes económicos pueden abusar de su libertad para excluir a otros competidores a través de cárteles y monopolios y, por ello, restringirían las libertades económicas de los otros actores del mercado. Por consiguiente, el fundador de la Escuela habría extrapolado el clásico problema de la libertad individual del hombre que vive en sociedad (libertad individual frente a otros y frente al Estado) desde la política hasta la economía. Al igual que HOBBS advertía de la necesidad de proteger al hombre de sí mismo, la teoría ordoliberal asume que las libertades económicas individuales han de ser protegidas frente a las tendencias dominadoras del propio ser humano también en la esfera económica. Los poderes públicos, por tanto, han de garantizar las condiciones para que un orden económico basado en la libre competencia se desarrolle y prospere, evitando siempre la tentación de dirigir los procesos económicos¹⁷.

Para lograr el buen funcionamiento del sistema económico basado en la libre competencia EUCKEN identificaría dos tipos de principios: constitutivos y reguladores. Los principios constitutivos (*konstituierenden Prinzipien*) tendrían la función de crear la estructura de la libre competencia, mientras que los reguladores (*regulierenden*) garantizarían el buen funcionamiento de este sistema¹⁸. De los siete principios constitutivos, el fundamental, y sobre el que reposaría toda la estructura

¹⁷ EUCKEN, W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, op. cit. Sobre la relación histórica entre Estado y control de la economía, vide BEOBIDE EZPELETA, I. M.; GORDILLO PÉREZ, L. I., *La naturaleza del Estado. Origen, tipología y lógica de actuación política y social*, op. cit.; BEOBIDE EZPELETA, I. M.; GORDILLO PÉREZ, L. I., «La alternativa al funcionalismo y al marxismo: la sociología del Estado de Birnbaum», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 156, 2012, pp. 167-207.

¹⁸ PEUKERT, H., «Walter Eucken (1891-1950) and the Historical School», KOLOSLOWSKI, P., *The Theory of Capitalism in the German Economic Tradition: Historism, Ordo-Liberalism, Critical Theory, Solidarism*, Springer, Berlin, 2000, pp. 93-145.

de la economía de mercado basada en la libre competencia, sería la existencia de un efectivo sistema de precios en un contexto de perfecta competición. Su segundo principio, la primacía del sistema monetario, hacía referencia básicamente a la estabilidad del valor de la moneda. En tercer lugar, se precisa que los mercados sean abiertos, esto es, que no existan aranceles prohibitivos ni otras restricciones al libre comercio, ni tampoco ninguna forma de medidas anticompetitivas para proteger los mercados nacionales, tales como los precios predatorios frente a posibles nuevos competidores de fuera del sistema. La garantía de la propiedad privada, la libertad contractual, la responsabilidad de los actores económicos y la continuidad de la política económica completarían la tabla de sus siete principios constitutivos¹⁹. Estos principios constitutivos integrarían las condiciones necesarias para la existencia de un mercado basado en la libre competencia. Sin embargo, para garantizar su vigencia, estarían complementados por cuatro principios reguladores. En primer lugar, se hace necesario el establecimiento de una política de defensa de la competencia que, de acuerdo con el padre del ordoliberalismo, habría de ser implementada por una agencia pública que tuviera la capacidad de disolver los monopolios o, al menos, controlar su comportamiento en los mercados²⁰. En segundo lugar, una política fiscal con un impuesto sobre la renta progresivo. Finalmente, la corrección de elementos externos (entendidos en perspectiva ecológica, Eucken tenía en mente la destrucción de los bosques norteamericanos)

¹⁹ Sobre los principios constitutivos, *vide* EUCKEN, W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, *op. cit.*

²⁰ Sobre esta cuestión, *vide* CANEDO ARRILLAGA, M. P., «El Derecho de la competencia ante la globalización y la crisis», GÓMEZ ISA, F.; HERRÁN, A. I.; ATXABAL RADA, A., *Retos del derecho ante una economía sin fronteras*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, pp. 231-240; CANEDO ARRILLAGA, M. P., «Promoción y sanción. Dos cauces necesariamente complementarios para proteger los mercados. Algunas experiencias de la autoridad vasca de la competencia», ABEL LLUCH, X., *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 607-624.

y la corrección de situaciones anómalas en el mercado laboral (necesidad de establecer un salario mínimo, por ejemplo) completaban el elenco de principios reguladores²¹.

2.3. La constitución económica nacional

El liberalismo clásico defendía apartar al Estado de la economía y apenas le reconocía un papel observador²². En este sentido, los ordoliberales añadieron que era necesario un marco jurídico que garantizase las libertades individuales y el proceso económico en sentido amplio. Así, el Estado serviría como garante del orden económico haciendo cumplir el marco normativo²³.

El problema, a continuación, consiste en dilucidar si las constituciones nacionales optan por un modelo económico u otro. La tesis habitual en el contexto europeo, siguiendo la jurisprudencia clásica comentada por la doctrina más solvente, es la de la neutralidad económica de las constituciones, en el marco general de un sistema que acepte el capitalismo como sistema económico de partida (aunque pueda condicionarlo en mayor o menor medida)²⁴. El constitucionalismo norteamericano, dada la escasez de normas constitucionales en la materia y la libertad del Tribunal Supremo

²¹ Sobre los principios reguladores, *vide* EUCKEN, W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, *op. cit.*; EUCKEN, W., «A Policy for Establishing a System of Free Enterprise», *op. cit.*, pp. 115-131.

²² GRAMPP, W. D., *Economic Liberalism*, Random House, New York, 1965, Vol. 2. *The Classical View*, especialmente, pp. 100-101.

²³ GERBER, D. J., «Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the «New» Europe», *op. cit.* y SAUTER, W., «The Economic Constitution of the European Union», *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4/1, 1998, p. 46 (27-68).

²⁴ Entre nosotros, *vide* el clásico GARCÍA-PELAYO, M., «Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución», RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (Ed.), *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1979, pp. 27-53 (disponible también en el recopilatorio GARCÍA-PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo III, CEPC, Madrid, 2ª ed., 2009, pp. 2851-2874).

de concretar ciertos aspectos relativos a la intervención del poder público en la economía, se viene dedicando a esta cuestión desde hace algún tiempo, rescatando trabajos de clásicos como Hayek (que está experimentando un auténtico *revival*) y profundizando en la compleja obra de Buchanan²⁵. De paso, esta tendencia está influyendo decisivamente en la manera de entender el Derecho, la manera de argumentar o la de decidir en términos judiciales, apareciendo distintos movimientos que pretenden explicar cómo aplicar argumentos económicos en el razonamiento jurídico y que pueden agruparse en lo que se ha dado en llamar «*Law and Economics*» o entre nosotros «Análisis económico del Derecho»²⁶.

En el contexto europeo, destaca especialmente el caso alemán, donde durante la postguerra se desarrolló un interesante debate a propósito de su nueva Constitución, la Ley Fundamental de Bonn, y si imponía o se decantaba por algún modelo económico. Además, en el caso alemán, los postulados ordoliberales de la escuela de Friburgo condicionaron defi-

nitivamente la interpretación del propio texto constitucional²⁷.

Así, por un lado, la vieja Constitución de Weimar ya incluía en su articulado disposiciones relativas a la economía²⁸. Por otro, algunos autores trataron de deducir del texto de la nueva Ley Fundamental una opción por el modelo de la «economía social de mercado»²⁹. Y es posible que esta inclinación estuviera en las mentes de los constituyentes. Sin embargo, sea por la provisionalidad con la que se adoptaría la Ley Fundamental de Bonn, sea por la falta de acuerdo o por la decisión de proteger esencialmente los llamados derechos de la primera generación, lo cierto es que el texto constitucional no acaba definiéndose por un modelo u otro³⁰. Aunque en 1990 la economía social de mercado fuese entronizada como el modelo económico de la República recién reunificada, lo cierto es que el Tratado de la Creación de una Unión Monetaria, Económica y Social no tenía ni naturaleza ni fuerza constitucional. Por si acaso, el Tribunal Constitucional alemán rechazaría pronto esta posibilidad de una opción constitucional por la economía social de mercado y optó por la «relativa apertura económica» de la Norma Fundamental³¹.

²⁵ La bibliografía sobre estos autores es inabarcable. Para una muestra, vide MORENO GONZÁLEZ, G., «La teoría de la Constitución en James Buchanan: hacia un modelo de economía constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 177, 2017, pp. 57-88; VANBERG, V. J., «Constitutionalism, Federalism, and Limited Government: Hayekian Arguments in Political Scientists' Perspective», BOETTKE, P. J.; STORR, V. H., (eds.), *Revisiting Hayek's Political Economy*, Emerald Group Publishing Limited, Bingley, 2016, pp. 123-143; PRYCHITKO, D. L.; STORR, V. H., «Communicative action and the radical constitution: the Habermasian challenge to Hayek, Mises and their descendants», *Cambridge Journal of Economics*, Vol. 31/ 2, 2007, pp. 255-274 (especialmente, pp. 265-272); POSNER, R. A., «Hayek, Law, and Cognition», *New York University Journal of Law and Liberty*, Vol. 1, No. 0 (Special Issue: Hayek), 2005, 147-165.

²⁶ ULEN, T.; DAU-SCHMIDT, K. G., *Law and Economics. Anthology*, Anderson Publishing Company, Cincinnati, 1998; POSNER, R. A., *Economic analysis of law*, 7th ed., Harcourt Professional Publishing, San Diego, 2007; POSNER, R. A., *How judges think*, Harvard University Press, Cambridge, 2008; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de administración pública*, núm. 195, 2014, pp. 99-133; MARCOS FERNÁNDEZ, F., «Contribuciones del análisis económico del Derecho de sociedades en España», *Economía Industrial*, núm. 398 (Monográfico: «Análisis económico del Derecho»), 2015, pp. 31-40.

²⁷ Así, vide el excelente DREXL, J., «Competition Law as Part of the European Constitution», VON BOGDANDY, A.; BAST, J., *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 633-674 (traducción del original en alemán «Wettbewerbsverfassung – Europäisches Wettbewerbsrecht als materielles Verfassungsrecht», A. VON BOGDANDY (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Springer, Berlin, 2003, pp. 747-802) y la segunda edición de su trabajo en VON BOGDANDY, A.; BAST, J., *Principles of European Constitutional Law*, 2nd ed., Hart/Beck, Oxford, 2011, pp. 659-698 (traducción de su homólogo alemán de 2009).

²⁸ Vide los artículos 151-165 de la Constitución de Weimar.

²⁹ Así, NIPPERDEY, H. C., *Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik*, Müller, Karlsruhe, 1954.

³⁰ Estas cuestiones aparecen tratadas en PAPIER, J. J., «Ley Fundamental y Orden Económico», BENDA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, H. J.; HESSE, K.; HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, 2^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 561-612, especialmente, pp. 562-564.

³¹ Vide las decisiones del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE 4, 7, *Investitionshilfe*, 20 julio 1954, especialmente §§17-19; BVerfGE 12, 354, *Volkswagenprivatisierung*, 11 abril

A pesar de la falta de una declaración expresa en la Constitución germana por un determinado modelo económico, sus disposiciones prohíben modelos económicos extremos. Así, los principios propios del Estado social de Derecho (artículos 20, 23, 28, entre otros) colisionarían con un modelo económico liberal totalmente desregulado. Por otro lado, un sistema totalmente centralizado y planificado entraría en conflicto con las garantías constitucionales relativas a la libertad individual y a la propiedad privada (artículos 2, 12, 14, entre otros). Por ello, la Constitución económica como tal no constituiría un parámetro independiente de constitucionalidad de la legislación ordinaria. No obstante, el legislador estaría especialmente obligado por los derechos de contenido económico establecidos en el capítulo I de la Ley Fundamental³².

Por otra parte, y ampliando la muestra para incluir otros textos constitucionales de nuestro entorno, si bien se podría predicar como tónica general una (al menos formal) neutralidad en los aspectos económicos, las constituciones de nuestro entorno no dejan de incluir un cierto contenido esencial en materia económica que merece la pena recoger someramente. Más allá de una clasificación hermenéutica clásica entre valores (justicia social), principios (igualdad y no discriminación) y derechos (derecho a la propiedad privada), cabría, en este ámbito y siguiendo a uno de los autores que más ha analizado esta cuestión, referirnos a cuatro grandes categorías: finalidades, habilitaciones, derechos y competencias³³. Así,

1961; BVerfGE 50, 290, *Mitbestimmung*, 1 marzo 1979, especialmente §338.

³² Sobre esta cuestión y sobre la necesidad de tener en cuenta la legislación económica infraconstitucional para determinar el contenido de la Constitución económica, vide DREXL, J., *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: Eine Studie Zum Privat-Und Wirtschaftsrecht Unter Berücksichtigung Gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Mohr-Siebeck, Tübingen, 1998, especialmente pp. 218-280.

³³ ALBERTÍ ROVIRA, E., «Criterios constitucionales de la intervención pública en economía», *op. cit.*, pp. 83-93. Para una distinción entre valores, principios y derechos o normas, vide ARAGÓN REYES, M., «Principios constitucionales», ARAGÓN REYES, M.; AGUADO RENEDE, C., *Constitución, Estado constitucional,*

sin ánimo de exhaustividad y remitiendo a clasificaciones realizadas por otros autores, puede incluirse el mandato de alcanzar la igualdad real y efectiva del artículo 9.2 de la Constitución española (similar al artículo 3 de la Constitución italiana –CI–), la asignación equitativa del gasto público (31.2 CE 78); las habilitaciones como la iniciativa económica en el sector público (128.2 CE 78, de manera indirecta en el 34 Constitución francesa –CF–), la planificación de la Economía (131 CE 78, 41 CI); los derechos tales como la propiedad privada (33 CE 78 o 14 de la Ley Fundamental de Bonn –LFB–), la libertad de empresa (38 CE 78, 12.1 LFB), la sindicación y la huelga (27 CE 78, 9.3 LFB, 39 y 40 CI) y un elenco más o menos amplio de derechos sociales de tipo prestacional (en general, artículos 40-50 CE 78 o los artículos 35-47 CI); finalmente, existe también un elenco de títulos competenciales que giran en torno al mantenimiento de un mercado único (149.1.6ª, 9ª, 10ª, 11ª CE 78 o los artículos 73 apartados 4º, 5º y 9º) y, en el caso de Estados con descentralización política, se establece normalmente la capacidad de las entidades territoriales de asumir algunas funciones, siempre en el marco de la coordinación general por parte de los poderes centrales (artículos 148.1.13ª y 149.1.13ª o los artículos 117, 119 y 120 CI)³⁴.

La clasificación anterior es útil porque identifica, clarifica y ordena distintas categorías normativas y contenidos de los textos fundamentales. Sin embargo, más importante que esta clasificación es la interpretación que, a continuación, vienen realizando los Tribunales constitucionales, que son quienes,

partidos y elecciones y fuentes del Derecho, 2ª ed., Thomson-Reuters, Madrid, 2011, pp. 53-58. Igualmente, vide, *in extenso*, PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Los valores superiores*, Colección «Temas clave de la Constitución española», Tecnos, Madrid, 1984 y PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.

³⁴ Para un elenco más exhaustivo, vide ALBERTÍ ROVIRA, E., «Criterios constitucionales de la intervención pública en economía», *op. cit.*, pp. 83-93 para el caso español o PAPIER, J. J., «Ley Fundamental y Orden Económico», *op. cit.*, pp. 567-574, por ejemplo.

finalmente, delimitarán el contenido y alcance últimos de la «constitución económica». Así, el Tribunal Constitucional federal alemán ya estableció que «la Ley Fundamental no contiene determinación o garantía de modelo económico alguno», sino que delega en «el legislador, quien decidirá libremente dentro de los márgenes trazados por la Ley Fundamental, sin precisar para ello de mayor fundamento que su genérica legitimación democrática»³⁵. Esta misma neutralidad política de la Constitución, ya lo había expresado la Alta Instancia de Karlsruhe en casos anteriores³⁶.

Igualmente, en el caso español, el Tribunal Constitucional se decantó muy tempranamente por un concepto abierto y flexible de «constitución económica» que apelaba a aquellas «normas [constitucionales] destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica»³⁷. Igualmente, el Tribunal Supremo se pronunciaría tempranamente sobre esta cuestión estableciendo que el «texto constitucional, no prejuzga nada, porque, como han apuntado prestigiosos comentaristas del mismo, concedores de su proceso de elaboración, no existe un modelo de economía de mercado, sino varios, y, sobre todo, la fórmula empleada en este artículo fue una fórmula consensuada, a la que prestaron adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir en él, tanto este principio, como el contrapuesto, que defiende las exigencias de la «economía general» y de la «planificación»³⁸. Esta aséptica definición,

validada por el TC y el TS, como ha reconocido la doctrina, «satisface, o al menos no molesta, tanto a los partidarios de la neutralidad económica de la Constitución como a quienes quieren ver en ella la garantía de un determinado (...) modelo económico»³⁹. Otro dato que es casi privativo de nuestro país, consiste en la jurisprudencia constitucional en materia de reparto competencial en áreas de naturaleza económica. De este modo, así como en el federalismo norteamericano, la interpretación de la cláusula de comercio y toda la jurisprudencia afín apuntaló el poder federal y acabó garantizando una auténtica unidad de mercado, en nuestro caso, se viene produciendo una jurisprudencia casi de signo contrario por parte del Tribunal Constitucional español. Así, el Alto Tribunal, que desde siempre viene manteniendo un especial (y respetable) celo por la defensa de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia económica, con alguna decisión reciente evita, sin embargo, la consolidación de un auténtico mercado único nacional⁴⁰.

En todo caso, a pesar de que la jurisprudencia constitucional europea se niegue a establecer una suerte de «bloque de constitucionalidad económica», que sirva como parámetro de referencia para enjuiciar la validez de normas y actuaciones posteriores de los poderes públicos, es indudable que se ha pronunciado en distintos casos sobre el posible contenido de esta categoría. Así, en el caso alemán, por ejemplo, destaca la sentencia sobre el paquete legislativo *Hartz IV*, en el que el alto Tribunal antepone los principios del Estado social y la propia dignidad humana a la libertad de legislador para configurar unas

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 1 marzo 1979 (caso *Mitbestimmung*), BVerfGE 50, 290 (337): «das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral sei; der Gesetzgeber darf jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, insbesondere die Grundrechte beachtet».

³⁶ Así, vide la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, 20 julio 1954 (caso *Investitionshilfe*). BVerfGE 4, 7. Sobre esta cuestión, vide en PAPIER, J. J., «Ley Fundamental y Orden Económico», *op. cit.*, especialmente, pp. 561-564.

³⁷ STC 1/1982, 28 enero 1982, FJ 1.

³⁸ STS 24 mayo 1984 (Sala 3ª), Recopilación de Jurisprudencia Aranzadi 1984/3132.

³⁹ ALBERTÍ ROVIRA, E., «Criterios constitucionales de la intervención pública en economía», *op. cit.*, p. 82. Igualmente, vide GIMENO FELLIÚ, J. M., «Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas», *Revista de administración pública*, núm. 135, 1994, pp. 149-212, especialmente, pp. 149-172.

⁴⁰ Sin ánimo de exhaustividad, sirva como ejemplo la STC 79/2017, de 22 de junio de 2017, que anula, entre otras cosas, la llamada «licencia única» válida en todo el territorio nacional. Esta cuestión merece, no obstante, un trabajo monográfico.

prestaciones sociales que no garanticen unos mínimos vitales. Se trata del litigio atinente a la refundición de la prestación de desempleo de larga duración con las prestaciones sociales existentes hasta entonces en el Libro Segundo del Código de Seguridad Social. Esta nueva norma dividía el montante total en una prestación por desempleo estándar a la que se añadirían una serie de complementos (por hijos a cargo, alojamiento, calefacción...). Pues bien, para el Tribunal Constitucional alemán, las previsiones de la norma enjuiciada relativas a las prestaciones estándar no respetaban el artículo 1.1 (Estado social) en conexión con el artículo 20.1 (dignidad humana) a la hora de garantizar el mínimo de subsistencia que la dignidad de la persona requiere. Así, el derecho fundamental a la garantía de un mínimo vital debe asegurar –decía el Tribunal– a toda persona necesitada las condiciones materiales indispensables para su existencia y para la participación en la vida social, cultural y política. Este derecho, lejos de ser disponible para el Parlamento, constituía una obligación para la Asamblea que, además, estaba obligada a actualizar las prestaciones regularmente⁴¹. Este caso, por ejemplo, reduciría la libertad del legislador para desarrollar la «constitución económica» a su libre albedrío, cuestionando por tanto la neutralidad de partida de la Ley Fundamental, al menos en la parte relativa a

las medidas de corrección de las disfunciones del libre mercado.

También es conocida la reciente jurisprudencia del Tribunal constitucional portugués en el que analiza las medidas adoptadas por el gobierno para combatir la crisis y reducir el endeudamiento público y, al mismo tiempo, establece limitaciones para el legislador en materia económica. Así, en 2012, la alta instancia portuguesa estableció que la suspensión de la paga extra de los funcionarios y pensionistas (medida que era parte de unas fuertes medidas de austeridad) era inconstitucional porque violaba el derecho a la igualdad, dado que sólo algunas categorías de personas quedaban afectadas por esta medida y se podrían haber adoptado medidas más equitativas que podrían haber conseguido los mismos resultados financieros. En 2013, el mismo tribunal concluyó que una serie de medidas presupuestarias (incluyendo reducciones salariales en el sector público o la imposición de un impuesto general de solidaridad) eran incompatibles con los principios de igualdad y proporcionalidad y una serie de derechos sociales incluidos en la constitución⁴². A los efectos de este trabajo, lo que resulta particularmente interesante es que el Tribunal constitucional portugués estableció que la libertad del legislador para adoptar medidas no «puede ser ilimitada, incluso en el cuadro de una crisis económica y finan-

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 9 febrero 2010, BVerfGE 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09 (Hartz IV). Sobre este caso, vide BITTNER, C., «Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010», *German Law Journal*, Vol. 12/11, 2012, pp. 1941-1960; EGIDY, E., «The Fundamental Right to the Guarantee of a Subsistence Minimum in the Hartz IV Decision of the German Federal Constitutional Court», *German Law Journal*, Vol. 12/11, 2012, pp. 1961-1982. Para un breve excursus con algunos ejemplos de derechos sociales (prestacionales) como contenido indisponible para el legislador, vide GORDILLO PÉREZ, L., «Derechos Sociales y Austeridad», *Lex social: revista de los derechos sociales*, núm. 1, 2014, pp. 34-57. In extenso, vide KING, J., *Judging Social Rights*, University Press, Cambridge, 2013 y JIMENA QUESADA, L., *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de derecho*, Tirant, Valencia, 2017.

⁴² Sentencias del Tribunal Constitucional portugués 353/2012 (disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>) y 187/2013 (disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>). Para un comentario a estas sentencias de la alta instancia portuguesa, vide AFONSO PEREIRA, R., «Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 317-370; GUILLEM CARRAU, J., «El Constitucional Portugués ante a las medidas de ajuste: la Sentencia de 5 de abril de 2013», Cuadernos Manuel Giménez Abad, núm. 5, 2013, pp. 69-77 y PONCE SOLÉ, J., «El estado social y democrático de derecho ante la austeridad y los recortes sociales: La jurisprudencia del tribunal constitucional portugués y su interés para el caso español», *Revista de Derecho constitucional europea*, núm. 23, 2015, disponible en <www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/10_PONCE.htm>, última consulta: 1 octubre 2017.

ciera grave», sino que estos casos antepuso el principio constitucional de «igualdad proporcional»⁴³. Es decir, y simplificando, reconoció que existe un límite constitucional objetivo a la libertad del legislador para realizar ajustes económicos en políticas públicas que afecten a derechos de los ciudadanos. No se prohíben los ajustes, pero éstos deben implementarse respetando una máxima: «a mayor grado de sacrificio exigido a los ciudadanos por los intereses públicos, mayor exigencia de equidad y justicia en el reparto de los sacrificios»⁴⁴.

En síntesis, los Tribunales Constitucionales nacionales han adoptado una posición que puede parecer contradictoria: por una parte proclaman (de manera más o menos explícita) una pretendida neutralidad respecto de la actividad económica, aunque dentro del marco constitucional, evitando pronunciarse sobre el modelo específico y su contenido y, por otro, realizan un control de validez de medidas de tinte económico amparándose en su cualidad de defensor último de la Constitución y del modelo social que ésta establece. Finalmente, se muestran reticentes a la hora de llenar de contenido la categoría de constitución económica, prefiriendo mantener un concepto semántico y resistiéndose a dar el paso a establecer una auténtica categoría normativa asimilable a una suerte de «bloque de constitucionalidad económica».

3. LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA

3.1. El diagnóstico

Tras cuarenta años de vigencia, abundante jurisprudencia constitucional que supone una verdadera mutación del texto, el desarrollo de

un Estado de las autonomías o la integración europea (entre otros aspectos), no parece descabellado plantearse una reforma de la Constitución, al menos en cuanto a actualización de su texto.

En este punto surgen diversas opiniones y propuestas, tal y como se han encargado de señalar numerosas obras, agentes políticos y sociales y distintos eventos académicos científicos⁴⁵. En cuanto a la metodología, hay quien propone hacer una reforma global o quien sugiere hacer reformas puntuales logrando lo que se denomina ahora «mayorías parlamentarias de geometría variable». En todo caso, lo cierto es que el tránsito de una democracia de alternancia a una de consenso o multipartidista obligará a las distintas opciones a reposicionarse y a plantearse acuerdos entre distintos, ya que parece que la época de dos grandes opciones ha pasado⁴⁶. Entre lo urgente y lo necesario, parece que hay bastante consenso en que la reforma del Estado de las Autonomías es uno de los aspectos más acuciantes. Otros, como la reforma del sistema electoral, la consolidación de ciertos derechos sociales, algún cambio en la jefatura de Estado (acabando con la preterición de la mujer en la sucesión) o la acomodación del texto a la realidad del constitucionalismo multinivel en el que nos encontramos, también aparecen en los listados de reformas necesarias.

⁴⁵ Los materiales sobre esta cuestión son muy numerosos, para una muestra, vide ÁLVAREZ JUNCO, J.; RUBIO LLORENTE, F., *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, CEPC-Consejo de Estado, Madrid, 2006; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Repertorio bibliográfico sobre la reforma constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, Nº 29, 2012, pp. 459-484. En cuanto a los eventos, la mayoría de los que se vienen celebrando en los últimos años sobre la Constitución Española desarrollan este punto. Para un ejemplo, vide las recientes *X Jornadas de Derecho Parlamentario. Debates constitucionales. La Constitución y la crisis de los cuarenta*, UNED, Madrid, 18-19 abril 2018, <<http://www.acoes.es/wp-content/uploads/2018/03/D%C3%ADptico-X-JORNADAS-DERECHO.pdf>>

⁴⁶ El término «democracia de alternancia» y «democracia de consenso» ha sido empleado, entre otros, por Javier GARCÍA ROCA (<<https://canal.uned.es/video/5add7abab-1111f34648b4568b>>)

⁴³ Sentencia del TC portugués 353/2012 (FJ 4 y 5).

⁴⁴ Sentencia del TC portugués 353/2012 (FJ 5) y 187/2013 (FJ 111). En general, sobre las medidas para combatir la crisis y el Estado social, vide VIDAL PRADO, C. (Dir.), *Crisis económica y reforma de las Administraciones públicas. Un estudio comparado*, INAP, Madrid, 2017.

Por lo demás, de los numerosos y heterogéneos estudios sobre la reforma de la Constitución española, existen muchos de ellos que plantean un cambio o mutación de la propia naturaleza y contenido del sistema. Así, al margen de posibles propuestas en concreto, existen propuestas más amplias que llaman a reformar la Constitución «en clave federal», «en clave social», «en clave europea» o «en perspectiva de género».

Las anteriores son propuestas que, con matices, aclaraciones o sugerencias más originales, casi cualquier constitucionalista ha suscrito en alguna ocasión. Incluso la reforma fiscal finalmente operada en el artículo 135 CE ha sido objeto de análisis (e incluso de propuestas de mejora). Sin embargo, pocos (en realidad no recuerdo ninguno) hacen referencia a la reforma de la Constitución en perspectiva ordoliberal o, simplificando, adoptando un determinado modelo económico y reforzando ciertas garantías relacionadas con las libertades económicas.

3.2. La propuesta

La primera cuestión que surge aquí es la relativa al modelo económico. En mi opinión, se podría optar por un reconocimiento en el título preliminar del sistema económico por el que optaría la Constitución española, que sería la economía social de mercado (en tanto que el término ordoliberal, es quizá de carácter más bien científico-técnico). Aunque este concepto sería, evidentemente, desarrollado posteriormente, permitiría a la jurisprudencia constitucional proteger un contenido mínimo, que dote de consistencia y efectos la declaración constitucional y proteja el sistema frente a un legislador excesivamente intervencionista o que pretendiese acabar con los servicios públicos (equiparados aquí al concepto de derechos sociales). Se puede argumentar que el artículo 38 ya menciona la «economía de mercado», aunque también podría responderse que esta declaración, fuera del título preliminar (que impregna al resto del texto constitucional), tendría un alcance más limitado.

En segundo lugar, habría otros aspectos que se podrían desarrollar igualmente, tales como elevar a la categoría de derecho fundamental el derecho de propiedad del artículo 33 (incluyendo las limitaciones derivadas de la función social, por supuesto) o la libertad de empresa del artículo 38. Igualmente, el reconocimiento de los colegios profesionales no parece que deba incluirse en el texto constitucional (actualmente, artículo 36), sino que parece más conveniente que sea la propia ley la que se cña a su regulación en aquellos casos en los que realmente exista un interés público que justifique el cierre de mercado que opera una organización de estas características.

Finalmente, habría que concretar qué se entiende por una reforma en clave ordoliberal. En síntesis, se trataría de reforzar (o establecer) un auténtico mercado único en España, garantizar la libre competencia y asegurar unos servicios públicos (en forma de derechos sociales) eficientes y de calidad. A continuación, nos centraremos en los tres contenidos básicos que, en mi opinión, debería contener una revisión de la Constitución en clave ordoliberal o propia de una economía social de mercado.

3.2.1. Mercado único

Si partimos de un principio de libertad extendido a la actividad económica, parece que una mínima configuración constitucional que garantice un mercado libre, abierto y donde se respeten unas normas básicas de comportamiento del mercado sería conveniente. Diversos han analizado esta cuestión a propósito de las cuatro libertades fundamentales que conformarían un mercado único, refiriéndose al caso de la Unión Europea⁴⁷. Aunque formalmente, tanto la Constitución como la normativa sugieren la existencia de un mercado único en España, lo cierto es que la realidad dista mucho de ser así. Una reciente sentencia y

⁴⁷ BARNARD, C., *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 3rd ed., Oxford University Press, Oxford, New York, 2010.

otra reciente norma con rango de ley apuntarían a lo contrario.

La jurisprudencia constitucional ya ha advertido en alguna ocasión que «la unidad del Estado no es óbice para la coexistencia de una diversidad territorial que admite un importante campo competencial de las Comunidades Autónomas (...). La garantía de la «unidad de mercado» en el territorio nacional, no impide toda normación que, de una manera u otra pueda afectar a la libertad de circulación, sino la «fragmentación del mercado» (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 3), en el sentido de que «las consecuencias objetivas de las medidas adoptadas impliquen el surgimiento de obstáculos que no guardan relación con el fin constitucionalmente lícito que aquéllas persiguen» (SSTC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 26)» (STC 96/2002, FJ 11).

Sea lo que sea una «fragmentación del mercado constitucionalmente admisible», lo cierto es que el ejercicio legítimo (y no legítimo, muchas veces buscando beneficiar a las «incumbentes» o empresas ya establecidas) de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia, por ejemplo, de concesión de licencias llevaba a situaciones un tanto curiosas. Así, la libre circulación garantizada por el TJUE podía hacer que un negocio establecido en la Comunidad Autónoma de Murcia pudiese vender sus productos directamente en Italia, pero que tuviese que recurrir a un nuevo proceso de concesión de licencias para cumplir con todos los trámites administrativos exigidos si quería vender su mercancía en Cataluña. La ausencia de una «licencia única» fue, así, una de las razones principales que llevaron al legislador a aprobar la Ley 20/2013, de garantía de la unidad de mercado (LGUM)⁴⁸. La LGUM estableció, esencialmente en los artículos 19 y 20, lo que se vino en llamar la «licencia única», lo que evitaba que la empresa de nuestro ejemplo anterior tuviese

que pedir otra licencia o permiso adicionales para comercializar sus productos en otra autonomía. La ley fue recurrida ante el TC por los órganos competentes en algunas autonomías. Destaca el caso del País Vasco, que retiró su recurso tras haber negociado una interpretación (en mi opinión contraria al sentido literal de la norma) en la «Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con la Ley 20/2013»⁴⁹. Este acuerdo, que en mi opinión operaba una auténtica reforma encubierta del sistema de la licencia única, fue el prelude de la posterior STC 79/2017, de 22 de junio de 2017 que finalmente establecería la inconstitucionalidad, entre otros, de este sistema.

La capacidad de los gobiernos autonómicos (que son los que se reúnen en estas comisiones) para negociar con el Gobierno central (que no con el parlamento, tan siquiera) el alcance de la interpretación de preceptos de rango legal en el seno de estas Comisiones técnicas (cuya existencia está consagrada en el artículo 33 de la LOTC) puede ser en mi opinión fuente de abuso considerable. Una cosa es clarificar el modo en que se va a aplicar una norma (lo cual en sí mismo ya podría constituir un exceso) y otra es reescribir la norma, tal y como se haría en este caso.

En este caso, la STC 79/2017, entre otras cosas, realizó una interpretación muy favorable a la capacidad de las CC AA de ejercer sus competencias normativas hasta el punto de que la fragmentación del mercado producida sería constitucionalmente legítima. Una sentencia muy favorable al ejercicio de competencias por parte de las CC AA que, sin embargo, evita la existencia de un sistema de licencia única en el territorio nacional. El TC establecería que al no existir unos estándares mínimos comunes (que habría de establecer el Estado) no cabía reconocer la posibilidad de una existencia única. Los defensores de esta decisión dirán que es consecuente y hasta lógica. En mi opinión, aunque es

⁴⁸ Sobre esta ley, *vide* ALONSO MAS, M. J., (Dir.), *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado: comentario a la ley de garantía de la unidad de mercado*, Ed. La Ley, Madrid, 2014.

⁴⁹ BOE núm. 195, 12 de agosto de 2014.

discutible que fuese necesaria esa armonización básica de ordenamientos (la densidad normativa en las distintas Comunidades y en el ámbito nacional es ya barroca), aceptándolo, el TC podría haber emitido una sentencia interpretativa, como hace en otras ocasiones, condicionando la validez de esta licencia única al establecimiento de esos estándares mínimos. Pudo también haber entendido que la LGUM podría formar parte del bloque de la constitucionalidad, habida cuenta de la mutación de la materia «mercado interior», donde los Estatutos de las CC AA siguen proclamando su competencia exclusiva, a pesar de que la normativa de la UE obliga a contextualizar mucho esa expresión. No fue así y directamente se anuló la norma. Al margen de los pormenores del caso, no parece razonable que dentro de un mismo Estado perteneciente a un mercado único coexistan, sin embargo, distintos submercados, hasta el punto de que los principios que hacen de la UE un auténtico mercado único no se apliquen en la práctica al mercado nacional español. Es por ello que, en mi opinión, sería conveniente una reforma constitucional que establezca la necesidad o refuerce la existencia de un mercado nacional único.

Por otro lado, el reciente Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor (conocido como «Decreto anti-uber») viene a consolidar una suerte de mercados autonómicos en materia de licencias de vehículos con conductor (las llamadas VTC), al prohibir conceder nuevas licencias VTC cuando en el ámbito autonómico la proporción 1 VTC por cada 30 licencias de taxi no se cumpla. Igualmente, viene a establecer que las licencias VTC deben explotarse mayoritariamente en la Comunidad Autónoma respectiva, permitiendo sólo un 20% de los servicios inter-regionales. La convalidación de este Real Decreto-ley ha suscitado un extraño consenso entre los grupos de la Cámara (solo votaron en contra 2 diputados)⁵⁰.

⁵⁰ La convalidación obtuvo un apoyo mayoritario en la Cámara: 307 a favor (Grupo Popular, Socialista, Podemos, Es-

Sin embargo, este Real Decreto-ley podría ser atacado, en mi opinión, por dos vías. La primera, ante el TC, por no concurrir la extraordinaria y urgente necesidad que requiere este tipo de intervención (ya hay antecedentes en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, la STC 68/2007)⁵¹. Además, también en sede constitucional, podría alegarse incompatibilidad con el artículo 38. Existe un precedente cercano. El Gobierno de Aragón aprobó por Orden de la Consejera unas normas sobre planificación de estudios universitarios que, a juicio de la CNMC, afectaban a la competencia en ese sector. Este organismo presentó el correspondiente recurso en virtud del artículo 27 de la Ley de garantía de la unidad de mercado y la Audiencia Nacional admitió a trámite el asunto⁵². Sin embargo, el Gobierno regional intervino para incluir dichas disposiciones controvertidas en la ley de acompañamiento de presupuestos de la Comunidad de Aragón. El Gobierno de la Nación intervendría presentando un recurso de inconstitucionalidad alegando, entre otros aspectos, violación del artículo 38 CE⁵³.

Por otra parte, un eventual recurso por incumplimiento ante el TJUE podría anular la norma. Sin embargo, ninguna de estas dos vías de anulación se basaría en la posible afectación a la existencia de un mercado único constitucionalmente garantizado.

querra, PNV y otros diputados del grupo mixto), 2 en contra (del grupo mixto, pertenecientes a la coalición EH-Bildu) y 35 abstenciones (entre ellas, las del Grupo Ciudadanos). El resultado está disponible en < <https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=115&votacion=9&legislatura=12>>. El Congreso rechazó la tramitación del Real Decreto-Ley por el procedimiento de urgencia, con lo que esta redacción será la definitiva.

⁵¹ Sobre esta cuestión, *vide, inter alia*, ARANA GARCÍA, E., «Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista de Administración Pública*, núm. 191, 2013, pp. 337-365.

⁵² Puede consultarse la nota de prensa de la CNMC en <<https://www.cnmc.es/file/107313/download>>

⁵³ *Vide* el ATC 63/2017, de 25 de abril, ECLI:ES:TC:2017:63A, por el que se levanta la suspensión de los artículos recurridos por el Gobierno.

3.2.2. La garantía de la libre competencia

La garantía de la libre competencia no aparece como tal en el texto constitucional. La necesidad de que exista un mercado regido por la ley de la oferta y la demanda, que otorgue ciertas garantías a los operadores y sólo mediante excepciones legales que busquen proteger un interés superior se altere la situación de equilibrio en el mercado, parece consustancial al derecho a la libertad de empresa, tradicionalmente reconocido en el constitucionalismo contemporáneo⁵⁴.

La libre competencia es un objetivo establecido tradicionalmente en el Derecho originario de la UE y que los Estados han ido asumiendo e incorporando a sus ordenamientos. No es éste el lugar para hacer un balance de la situación de la libre competencia en España. Los defectos, problemas o inconsistencias que la defensa de este objetivo plantea en nuestro país han sido exhaustivamente analizados por la doctrina más autorizada⁵⁵.

En mi opinión, la libre competencia, consustancial a la existencia de un mercado único en una economía abierta, pasa por establecer constitucionalmente la necesidad de su garantía a través de un órgano de naturaleza constitucional, independiente, bien dotado y con capacidad para recurrir normas que violen este principio en sede constitucional.

En estos momentos, el órgano de control en materia de competencia, producto de la fusión con otros reguladores, es en España la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia. Su naturaleza es la de organismo autónomo, lo que le da una cierta independencia, pero ad-

crita en definitiva a un Ministerio. Lo que aquí se defiende es que habría que aumentar la independencia orgánica, económica y funcional de este organismo (al margen de que quede en su configuración actual o de que acabe segregándose en varios, tal y como las autoridades europeas —y la propia lógica del sistema— han recomendado). Para ello, se propone elevar la consideración de esta institución a la de órgano constitucional. Las características básicas de un órgano de naturaleza constitucional fueron ya establecidas por nuestra doctrina tiempo atrás. Así, la doctrina clásica abogó por la necesidad de distinguir los órganos constitucionales de los órganos administrativos⁵⁶. Los órganos constitucionales serían aquellos «reciben directamente de la Constitución su status y competencias esenciales a través de cuyo ejercicio se actualiza el orden jurídico político fundamental proyectado por la misma Constitución»⁵⁷. Hasta ahora se entiende que los órganos constitucionales son las dos cámaras, el gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y el propio Tribunal Constitucional. No obstante, dada la importancia creciente de la política y el Derecho de la competencia como elemento esencial de la constitución económica, en mi opinión se dan las condiciones para dotar a esta institución de la naturaleza de constitucional. Esto implicaría, en primer lugar, que gozaría de una mayor independencia, desde el punto de vista jurídico. También sería posible hacer una reforma intermedia que lo dejara en órgano de relevancia constitucional (con una mención básica en la Constitución y un desarrollo posterior por Ley Orgánica, como el Defensor del Pueblo o el Tribunal de Cuentas).

En todo caso, al margen de este tipo de reforma constitucional, lo importante es un cambio algo más profundo, que afecta a la propia mentalidad de los agentes políticos. Es conveniente ga-

⁵⁴ MAILLO, J.; BENEYTO, J. M. (Dir.), *Tratado de derecho de la competencia*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2017. Desde una perspectiva más constitucional, vide ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y Estado social*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996 o GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, CEPC, Madrid, 2008.

⁵⁵ Por ejemplo, véase el monográfico *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, Nº. 61, 2006 (*Economía y derecho de la competencia. Últimas tendencias y reformas legales en Europa*).

⁵⁶ JELLINEK, G., *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*, Paul Siebeck, Freiburg, 1892, pp. 212-233 y, más concretamente, ROMANO, S., *Nozione e natura degli organi costituzionale dello Stato*, Palermo, 1898 (incluida en ROMANO, S., *Scritti minori*, Giuffrè, Milano, 1950, Vol. I).

⁵⁷ GARCÍA-PELAYO, M., «El «status» del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, p. 13 (11-34).

rantizar al máximo la capacidad e independencia de los miembros de los órganos de naturaleza constitucional (incluyendo aquí, al que se ocupe de la defensa y promoción de la Competencia, en el modelo propuesto). No es ningún secreto, y ha sido ya denunciado por muchos autores, que a veces este tipo de órganos se encuentra «secuestrado» o «capturado» por parte de ciertos agentes económicos y/o políticos⁵⁸. Para solucionar esto se podría recurrir a un sistema de nombramiento que premie la excelencia y aúne la transparencia con la legitimidad democrática de los órganos decisorios. Es decir, quizá un sistema parecido al que existe para nombrar a los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (donde se vota sobre la base de una puntuación previa que otorga un comité)⁵⁹, el sistema chileno (donde existe una comisión que filtra a los candidatos)⁶⁰ o los más abiertos sistemas británico y luxemburgués, en cuyas autoridades de competencia hay, por ejemplo, miembros no nacionales, que han sido elegidos en virtud de su capacidad⁶¹. En todo caso, sin un cambio de la cultura de la responsabilidad en nuestro país, es difícil conseguir estándares de independencia asimilables a los de otros países. De todos modos, las reformas aquí propuestas dificultarían las componendas políticas en los nombramientos.

El ser órgano de naturaleza constitucional, además, habilitaría a esta institución a disponer

de su propio servicio jurídico, cuya dirección ostentaría esta institución y no el Ministerio correspondiente al que se encuentre adscrita o la Abogacía General del Estado. En la actualidad, la representación letrada ante los órganos judiciales la lleva la abogacía del Estado en virtud de un convenio firmado al efecto. Al margen de las cantidades adicionales o complementos que se abonen a los abogados del Estado que participan en estos casos, la gran cuestión es, quién tiene la última palabra en la dirección letrada de estos asuntos: el responsable de la Abogacía General del Estado-Dirección del Servicio Jurídico del Estado (adscrita al Ministerio de Justicia). Aunque las cláusulas segunda y tercera del Convenio Abogacía General del Estado-CNMC habilitan los mecanismos para evitar conflictos de intereses, no acaba de quedar muy clara la jerarquía en la dirección letrada y no parece que sea la mejor manera de evitar posibles conflictos de intereses presentes y futuros⁶². Contar con un servicio jurídico propio o contratar una asistencia letrada al margen de la Abogacía del Estado (que muchas veces estará «en frente» en otros muchos casos que afecten directamente a la Administración) es, a todas luces, la mejor solución para garantizar una auténtica independencia de este tipo de instituciones⁶³.

3.2.3. Servicios públicos eficientes y de calidad

Cualquier administrador público defenderá siempre la necesidad de contar con servi-

⁵⁸ SEBASTIÁN, C., *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, Galaxia Gutenberg, Madrid, 2016. Igualmente, vide CARRASCO, S., *Contra el capitalismo clientelar. O por qué es más eficiente un mercado en el que se respeten las reglas de juego*, Ediciones Peninsula, Madrid, 2017; MOLINAS, C.; GARICANO, L.; CARRASCO, S.; CASAJUANA, C., *La España posible: Tres ensayos para un nuevo regeneracionismo y una reflexión sobre el poder*, Atalaya, Madrid, 2015.

⁵⁹ Sobre este sistema, vide <http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100504_ajdoc12rev.pdf>

⁶⁰ Sobre el sistema de nombramiento de altos cargos, vide <<https://documentos.serviciocivil.cl/actas/dnsc/documentService/downloadWs?uuid=b06a09cf-2f1f-4727-88ee-855ec-1968f8b>>

⁶¹ Para más información sobre el Reino Unido vide <<https://publicappointments.cabinetoffice.gov.uk/appointment/cma-panel-members-2017/>> y sobre Luxemburgo <<https://concurrance.public.lu/fr/conseil-concurrance/organisation.html>>

⁶² El Convenio Abogacía General del Estado - CNMC está disponible en <https://www.cnmc.es/sites/default/files/953546_9.pdf>

⁶³ En este sentido han pronunciado también dos expertos, MAUDES GUTIÉRREZ, A.; SILOS RIBAS, M., «La Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, pieza clave del proyecto europeo: doce recomendaciones para fortalecer su eficacia», Blog Hay Derecho, 20 mayo 2017, disponible en <<https://hayderecho.com/2017/03/20/la-ley-de-garantia-de-la-unidad-de-mercado-pieza-clave-del-proyecto-europeo-doce-recomendaciones-para-fortalecer-su-eficacia/>>. Para una opinión más matizada, vide MÚGICA ALCORTA, R., «Defensa letrada de organismos independientes», CANEDO ARRILLAGA, M. P., *La competencia como motor de desarrollo económico*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2018.

cios públicos de calidad, que suele entender como prestados directamente por funcionarios dependientes de la administración. No es éste el lugar para disertar sobre si la mejor manera de prestar servicios públicos es a través de funcionarios dependientes de la administración (ej. Sanidad, Servicios administrativos...) o a través de procesos de contratación pública (ej. Limpieza de calles, basuras, transporte público...), sobre todo cuando a través de los llamados medios propios la administración a veces busca beneficiarse de las ventajas de gestión de ambos modelos⁶⁴.

Lo que aquí se propone, simplificando mucho los términos, es una cláusula que obligue a la colaboración entre Administraciones para evitar duplicidades y poder dedicar, en consonancia, ese ahorro a políticas públicas. Según uno de los pocos informes elaborados sobre la materia, sólo en el País Vasco (*ad intra*, sin contar con el posible solapamiento con la Administración central) se produce un sobrecoste anual de alrededor de 400 millones de euros anuales⁶⁵. Al margen de las cantidades o de la polé-

mica que suele surgir en estos casos, es difícil negar que en nuestro país se producen solapamientos y duplicidades (o «triplidades») cuyo coste asume el contribuyente y detrae recursos que pueden invertirse en otros sectores.

Para poder financiar servicios públicos de calidad, es necesario contar con los recursos y tener una gestión eficiente. En cuanto a lo segundo, a los efectos de este trabajo, la propuesta se circunscribe más o menos a lo explicado anteriormente (una cláusula anti-duplicidades). En cuanto a disponer de los recursos necesarios, solamente cabría apuntar aquí algunas ideas sueltas. En primer lugar, es necesaria una actividad económica privada que alimente el mercado y, por tanto, la Hacienda del país. En segundo término, hay que contar con una administración rápida y eficiente y un sistema impositivo razonable, sencillo, que no «mate» la iniciativa privada y que no descargue en autónomos y clases medias el grueso de la recaudación. Finalmente, para que el sector público sea sostenible y creíble en los mercados, hay que respetar las normas fiscales, últimamente «europeizadas» («fiscal compact») y también «constitucionalizadas», esencialmente en el artículo 135⁶⁶.

4. CONCLUSIÓN

Este texto simplemente pretende poner el foco en algunos aspectos, si se quiere, más funcionales, menos existencialistas, pero muy

⁶⁴ Sobre esta cuestión, GORDILLO PÉREZ, L.I., MÚGICA ALCORTA, R., «La evolución de los contratos «in-house» en el derecho de la UE. Especial referencia a la jurisprudencia en materia de contratación pública local», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N.º. 9, 2014, pp. 85-115.

⁶⁵ Este informe, titulado *Informe sobre duplicidades e ineficiencias en las Administraciones Públicas Vascas* (Gobierno Vasco, Vitoria, 2011), muy polémico en su momento, fue realizado con la ayuda de dos consultoras por el Gobierno de D. Patxi López. El informe se refería sólo a 9 competencias y sólo incluía a una serie de municipios representativos, con lo que la cantidad final podría variar considerablemente. El texto no se encuentra en la web del Gobierno Vasco (que recoge, no obstante, una nota de prensa), pero sí está disponible en otros servidores < [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/603c518ce369686bc-12579c20033993a/\\$FILE/duplicidades.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumenVIII.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/603c518ce369686bc-12579c20033993a/$FILE/duplicidades.pdf)>. Este estudio fue contestado por un informe posterior encargado por el gobierno del lehendakari D. Iñigo Urkullu, que sucedió al anterior y que prácticamente lo contradecía en todos sus aspectos (vide *Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, disponible en la web oficial del Gobierno Vasco <https://www.irekia.euskadi.eus/assets/attachments/4109/INFORME_SOBRE_ANALISIS_Y_FUNCIONAMIENTO_INSTITUCIONAL_EN_EUSKADI_CAST_04-02-2014.pdf?1391510247>).

⁶⁶ Sobre esta cuestión, vide DE LA HUCHA CELADOR, F., «La reforma del artículo 135 de la Constitución», *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 153, 2012, pp. 21-48; DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «La incidencia de la reforma del artículo 135 de la Constitución sobre el Estado autonómico», *Informe Comunidades Autónomas 2016*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2016, pp. 77-110 (disponible en <http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2016/reforma_135.pdf>); GARCÍA ROCA, J., «El principio de estabilidad presupuestaria y la consagración constitucional del freno al endeudamiento», LÓPEZ GARRIDO, D.; MARTÍNEZ ALARCÓN, M. L., (Coords.), *Reforma constitucional y estabilidad presupuestaria*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 173-234; OEHLING DE LOS REYES, A.; DE BENITO, J. M., «La modificación del artículo 135 de la Constitución española de 1978», *Estudios de Deusto*, Vol. 64/1, 2016, pp. 97-136.

necesarios ante la eventualidad de una reforma de la Constitución. No se habla aquí de la crisis de la democracia representativa, ni del sistema electoral, ni del Estado autonómico (aunque sus ineficiencias están relacionadas con lo aquí propuesto). Al contrario, aquí se incide en una propuesta de reforma más pragmática o funcional, menos elevada en la Teoría de la Constitución, pero cuyos resultados contribuirían a una mejora sustancial de la cosa pública.

En esencia, aquí se proponen tres cosas: lograr un auténtico mercado único nacional, constitucionalizar la libre competencia y lograr una administración más eficiente (aunque aquí sólo se ha desarrollado el aspecto relativo a las duplicidades). Un lector crítico podría apuntar que ninguna de estas propuestas (más o menos razonables) necesitaría de su inclusión en el texto constitucional, que simplemente por la vía legal sería posible

hacerlo. A ese comentarista bien podría decirse, igualmente, que tampoco harían falta normas formales (tenemos más de 100.000 vigentes en España, cuando Alemania tiene 10.000)⁶⁷, sino que bastaría con un cambio de cultura. También que algunas de esas medidas ya parecían estar incluidas en nuestras leyes. En todo caso, la práctica jurisprudencial y la dinámica de las instituciones en nuestro país parecen demostrar que la garantía constitucional es quizá la más eficiente para lograr el cambio, por distintas razones: por la supremacía jerárquica del texto, porque informa al resto del ordenamiento y por la legitimidad renovada que implica todo proceso de reforma. No se trata de establecer un código constitucional demasiado exhaustivo que acabe petrificando el ordenamiento jurídico, pero sí de constitucionalizar unos principios básicos que dadas las funciones que hoy se exigen del poder público parecen de lo más razonable.

⁶⁷ Este dato aparece en SEBASTIÁN, C., *España estancada. Por qué somos poco eficientes*, op. cit.

RESUMEN

Este trabajo plantea la necesidad de abordar la reforma de la Constitución en clave ordoliberal o, simplificando, permitiendo un auténtico mercado único que funcione respetando la libre competencia y garantizando unos servicios sociales de alta calidad. Para ello en primer lugar se desarrolla un análisis de la relación entre Constitución y economía (2), haciendo hincapié en la relación entre actividad económica y surgimiento del Estado (definiendo también conceptos tales como el ordoliberalismo y la «constitución económica»). A continuación, se plantea una propuesta de reforma de la Constitución española (centrada en tres aspectos: mercado único, defensa de la competencia y eficiencia de los servicios públicos). Finalmente, se cierra el estudio con un breve apartado de conclusiones que reivindican la necesidad de introducir estos cambios en nuestro texto constitucional.

En cuanto al modelo económico que establecen las constituciones, los tribunales constitucionales nacionales han adoptado una posición que puede parecer contradictoria: por una parte proclaman (de manera más o menos explícita) una pretendida neutralidad respecto de la actividad económica, aunque dentro del marco constitucional, evitando pronunciarse sobre el modelo específico y su contenido y, por otro, realizan un control de validez de medidas de tinte económico amparándose en su cualidad de defensor último de la Constitución y del modelo social que ésta establece. Finalmente, se muestran reticentes a la hora de llenar de contenido la categoría de Constitución económica, prefiriendo mantener un concepto semántico y resistiéndose a dar el paso a establecer una auténtica categoría normativa asimilable a una suerte de «bloque de constitucionalidad económica».

Este trabajo hace, esencialmente, tres propuestas de reforma de nuestro ordenamiento. La primera gira en torno al modelo económico. En mi opinión, se podría optar por un reconocimiento en el título preliminar de la Constitución del sistema económico por el que optaría la Constitución española, que sería la economía social de mercado (en tanto que el término ordoliberal, es quizá de carácter más bien científico-técnico). Aunque este concepto sería, evidentemente, desarrollado posteriormente, permitiría a la jurisprudencia constitucional proteger un contenido mínimo, que dote de consistencia y efectos la declaración constitucional y proteja el sistema frente a un legislador excesivamente intervencionista o que pretendiese acabar con los servicios públicos (equiparados aquí al concepto de derechos sociales). Se puede argumentar que el artículo 38 ya menciona la «economía de mercado», aunque también podría responderse que esta declaración, fuera del título preliminar (que impregna al resto del texto constitucional), tendría un alcance más limitado. En segundo lugar, al hilo de la adaptación de nuestro ordenamiento que se propone, habría otros aspectos que se podrían desarrollar igualmente, tales como elevar a la categoría de derecho fundamental el derecho de propiedad del artículo 33 (incluyendo las limitaciones derivadas de la función social, por supuesto) o la libertad de empresa del artículo 38. Igualmente, el reconocimiento de los colegios profesionales no parece que deba incluirse en el texto constitucional (actualmente, artículo 36), sino que parece más conveniente que sea la propia Ley la que se ciña a su regulación en aquellos casos en los que realmente exista un interés público que justifique el cierre de mercado que opera una organización de estas características. Finalmente, habría que concretar qué se entiende por una reforma en clave ordoliberal. En síntesis, se trataría de reforzar (o establecer) un auténtico mercado único en España, garantizar la libre competencia y asegurar unos servicios públicos (en forma de derechos sociales) eficientes y de calidad. Ése sería el objetivo final y último de esta propuesta: contar con un mercado abierto a la competencia y eficiente, atractivo a los operadores y que permita una actividad económica que lleve a un nivel alto de recaudación. Así se asegurarían los fondos necesarios para garantizar unos servicios públicos eficientes y de calidad que son los necesarios en un moderno Estado social y democrático de Derecho y de calidad.

Así, el objetivo de este trabajo, simplemente, consiste en poner el foco en algunos aspectos, si se quiere, más funcionales, menos existencialistas, pero muy necesarios ante la eventualidad de una reforma de la Constitución. No se habla aquí de la crisis de la democracia representativa, ni del sistema electoral, ni del Estado autonómico (aunque sus ineficiencias están relacionadas con lo aquí propuesto). Al contrario, se incide en una propuesta de reforma más pragmática o funcional, menos elevada en la Teoría de la Constitución, pero cuyos resultados contribuirían a una mejora sustancial de la cosa pública. En esencia, se proponen tres cosas: lograr un auténtico mercado único nacional, constitucionalizar la libre competencia y lograr una administración más eficiente (aunque aquí sólo se ha desarrollado el aspecto relativo a las duplicidades). Un lector crítico podría apuntar que ninguna de estas propuestas (más o menos razonables) necesitaría de su inclusión en el texto constitucional, que simplemente por la vía legal sería posible hacerlo. A ese comentarista bien podría decirsele, igualmente, que tampoco harían falta normas formales, sino que bastaría con un cambio de cultura. También que algunas de esas medidas ya parecían estar incluidas en nuestras leyes. En todo caso, la práctica jurisprudencial y la dinámica de las instituciones en nuestro país parecen demostrar que la garantía constitucional es quizá la más eficiente para lograr el cambio, por distintas razones: por la supremacía jerárquica del texto, porque informa al resto del ordenamiento y por la legitimidad renovada que implica todo proceso de reforma. No se trata de establecer un código constitucional demasiado exhaustivo que acabe petrificando el ordenamiento jurídico, pero sí de constitucionalizar unos principios básicos que dadas las funciones que hoy se exigen del poder público parecen de lo más razonable.

Palabras clave: Ordoliberalismo; Economía social de mercado; libre competencia; mercado; Constitución económica.

ABSTRACT

This study raises the need to address the reform of the Constitution according to ordoliberal keys or, simplifying, allowing a genuine single market that works respecting free competition and guaranteeing high quality social services. First, an analysis of the relationship between the Constitution and the economy (II) is developed, emphasizing the relationship between economic activity and the emergence of the State (also defining concepts such as ordoliberalism and «economic constitution»). Next, a proposal to reform the Spanish Constitution is proposed (focused on three aspects: single market, defence of competition and efficiency of public services). Finally, the study ends with a brief section of conclusions that claim the need to introduce these changes in our constitutional text.

As for the economic model established by constitutions, national constitutional courts have adopted a position that may seem contradictory: on the one hand, they claim (in a more or less explicit way) a supposed neutrality with respect to the economic activity, although within the constitutional framework, avoiding to pronounce on the specific model and its content; on the other hand, they carry out a validity control of economic measures based on their quality as the last defender of the Constitution and the social model that it establishes. Finally, they are reluctant to fill the category of economic constitution with content, preferring to maintain a semantic concept and avoiding to take a step forward in order to establish an authentic normative category similar to a sort of «block of economic constitutionality».

Basically, this study makes three proposals to reform our Constitution. The first is about the economic model. In my opinion, one could opt for recognition in the preliminary title of the Constitution of the economic system that the Spanish Constitution would opt for, which would be the social market economy (while the term «ordoliberal» is perhaps rather scientific-technical in nature). Although this concept would, of course, be developed later, it would allow constitutional jurisprudence to protect a minimum content that endows the constitutional declaration with consistency and effects and protects the system against an overly interventionist legislator or intended to end public services (equated here with the concept of social rights). It can be argued that article 38 already mentions the «market economy», although it could also be stated that this declaration, outside the preliminary title (which permeates the rest of the constitutional text), would have a more limited scope. Secondly, in line with the proposed adaptation of our regulation, there would be other aspects that could also be developed, such as considering the right to property of article 33 as a fundamental right (including the limitations derived from the social function, of course) or the freedom of enterprise of article 38. Likewise, the recognition of professional associations does not seem to be included in the constitutional text (currently, article 36), but it seems more convenient that the law itself should be subject to its regulation in those cases in which there is really a public interest that justifies the closing of the market that such an organization is operating. Finally, we should specify what is meant by an ordoliberal reform. In short, it would seek to strengthen (or establish) a genuine single market in Spain, to guarantee free competition and to ensure efficient and quality public services (as social rights). That would be the final and last goal of this proposal: to have a market open to competition and efficient, attractive to operators and allowing an economic activity that leads to a high level of revenue. This would ensure the necessary funds to guarantee efficient and quality public services that are necessary in a modern, social and democratic State of Law and quality.

Thus, the objective of this study is simply to focus on some aspects, that is to say, more functional, less existentialist, but absolutely necessary in the event of a reform of the Constitution. Neither the crisis of representative democracy, the electoral system, nor the autonomic state are mentioned here (although their inefficiencies are related to what is proposed here). On the contrary, there is a more pragmatic or functional reform proposal, less elevated in the Theory of the Constitution, but whose results would contribute to a substantial improvement of public affairs. Basically, three goals are proposed: to

achieve a genuine national single market, to make free competition constitutional and to achieve a more efficient administration (although only the aspect related to duplicities has been developed here). A critical reader could point out that none of these (more or less reasonable) proposals would need to be included in the constitutional text. It would simply be possible to do so by legal means. It could also be said to that commentator that formal norms would not be necessary either, but that a change of culture would be enough. Also, that some of those measures already seemed to be included in our law. In any case, the jurisprudential practice and the dynamics of institutions in our country seem to demonstrate that the constitutional guarantee is perhaps the most efficient one to achieve the change for different reasons: for the hierarchical supremacy of the text, because it informs the rest of the norms and for the renewed legitimacy implied by any reform process. It is not about establishing a too exhaustive constitutional code that ends up petrifying the legal order, but it is about getting some basic principles in a constitutional way that, given the functions that today are demanded from the public power, seem to be the most reasonable ones.

Keywords: Ordoliberalism; social market economy; free competition; market; economic constitution.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea ante el Derecho español

Articles 2 and 4 of the European Social Charter before Spanish Law

LUISA TEIXEIRA ALVES*

1. INTRODUCCIÓN

1. La Carta Social Europea es un Tratado Internacional del Consejo de Europa¹, cuyo texto originario², firmado en la ciudad italiana de Turín el día 18 de octubre de 1961³ fue ratificado por España, mediante Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1980⁴. La ver-

sión originaria de la Carta Social Europea⁵, fue modificada y enmendada por cuatro nuevos documentos distintos: el Protocolo Adicional, firmado en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988, el Protocolo de Modificación, firmado en Turín el 21 de octubre de 1991, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea estableciendo un sistema de quejas colectivas, firmado en Estrasburgo el 9 de noviembre de 1995, y por último, en un nuevo texto refundido, la Carta Social Europea revisada, firmada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996. El Reino de España ratificó, asimismo, en 2000⁶, el Protocolo Adicional de 1988. Sin embargo, no ratificó el Protocolo Adicional de 1995, lo que explica que no se encuentre obligada a someterse al nuevo procedimiento de control del cumplimiento establecido en el mismo, ni en consecuencia, en la Carta Social Europea revisada. En lo que respecta al Protocolo de Modificación de 1991, a pesar de afirmarse en el sitio en Internet del Consejo de Europa que España ratificó este Protocolo, lo cierto es que el Instrumento de ratificación de

* Dra. Internacional en Derecho. Profesora del ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa.

¹ Organismo supranacional de ámbito europeo creado en 1949. El ingreso por España en el Consejo de Europa se produjo en 24 noviembre 1977, tras el oportuno proceso de verificación del cumplimiento de condiciones.

² Existen sólo dos versiones oficiales de la Carta –en lenguas inglesa y francesa–, entre las cuales ocurren, a veces, pequeñas diferencias que pueden asumir algún valor semántico. El párrafo final de la Carta es del siguiente tenor: «Hecha en Turín, en este día 18 de octubre de 1961, en inglés y francés, siendo ambos los textos igualmente autorizados ...». Por eso, siempre que sean transcritas disposiciones de la Carta, incluiremos las versiones inglesa y francesa.

³ Las versiones auténticas de la CSE puedan ser consultadas en www.coe.int. Acerca de todas las potencialidades de este sitio de Internet, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *El salario mínimo en Alemania. Un estudio comparado entre regímenes de salarios mínimos profesionales (alemanes) e interprofesionales legales (norteamericano y europeos)*, Netbiblo (A Coruña, 2009), págs. 53 y ss.

⁴ Publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 26 junio 1980 (BOE 153, con corrección de errores publicada en el BOE 192, de 11/08/1980).

⁵ Sobre los textos que integran la Carta Social Europea, así como sobre su contenido, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugueses, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 16 a 22.

⁶ Cfr. Instrumento de ratificación de 7 de enero de 2000, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* de 25 de abril de 2000.

dicho Protocolo nunca se publicó en el Boletín Oficial del Estado, resultando incluso que en el sitio en Internet del Congreso de los Diputados⁷, donde pulcramente constan todos los trámites relativos a todos los procedimientos de ratificación de todos los Tratados Internacionales, se da como no culminado el proceso de ratificación relativo a este Protocolo de Modificación de la Carta Social Europea, por lo que no cabe más remedio que concluir que España no se encuentra vinculada por el Protocolo en cuestión, al resultar decisiva aquí la regla del Título Preliminar del Código Civil español, relativa a que «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»»⁸. La ratificación tanto de la Carta Social Europea originaria (de 1961) como del Protocolo adicional de 1988 fue hecha, por España, aceptando todos los artículos sin ninguna reserva, aunque con declaración referente a la interpretación de los artículos 5 y 6 de conformidad con la Constitución Española (cfr. *supra*, nota 3). Más tarde, el Estado español denunció la letra b) del apartado 4 del artículo 8 (prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos en las minas o cualquier otro trabajo que no sea adecuado para la mujer, por su carácter peligroso, penoso o insalubre)⁹.

2. De entre los diecinueve derechos sociales proclamados en la Carta Social Europea (a que corresponden los artículos 1 a 19 de la Parte II), los derechos sobre los que versan los artículos 2 y 4 –tema de nuestro trabajo– tienen la relevante particularidad de constituir dos de los pilares en que se asienta el contenido básico de las relaciones de trabajo subordinado. En efecto, estos artículos se refieren a los dos elementos entre los que se establece el equilibrio contractual de los intereses confrontados en las relaciones de trabajo: por un lado, el tiempo de trabajo –que delimita tanto la subor-

dinación jurídica y la consiguiente cantidad de trabajo a realizarse por el trabajador, como el tiempo de descanso y reposo–, y por otro lado, la retribución –que consustancia la contrapartida económica a cargo del empresario. Los dos componentes del objeto del contrato de trabajo –tiempo de trabajo, retribución– son tratados, en los referidos artículos de la Carta Social Europea, con un criterio normativo común, asentado en la idea de «justicia». En la versión inglesa, se habla de «*just conditions of work*» y de «*fair remuneration*»; en la otra versión oficial, en lengua francesa, se emplea, para ambos elementos, el adjetivo «*équitable*». La «justicia» o «equidad» que aquí están en cuestión no se refieren, sin embargo, al equilibrio «subjetivo» de las prestaciones, esto es, a la idea de «equivalencia» de los sacrificios y de las satisfacciones obtenidos por los contratantes, ni al equilibrio «objetivo» de las mismas prestaciones, traducido en el valor económico atribuible a cada una de ellas. El criterio de «justicia» adoptado en la Carta, con relación a los términos de intercambio por el contrato de trabajo, tiene un sentido unidireccional: se refiere, específicamente, al «tratamiento» que, en el contexto de las relaciones de trabajo, debe darse a aquél que presta el trabajo, le dedica parte importante de su existencia y encuentra en él la base de subsistencia personal y familiar, y que es la persona del trabajador. La «justicia» o «equidad» de las condiciones de trabajo y de la remuneración, exigidas por los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea, pertenecen, así, al mismo orden axiológico en que, casi cuatro décadas más tarde, brotó y de desarrolló, por obra de la Organización Internacional de Trabajo, la idea-fuerza de «trabajo digno». Es, en verdad, el criterio del respeto por la «dignidad humana» en el trabajo, convertido en dominante por la necesaria implicación de la persona del trabajador en la prestación de trabajo y por los riesgos implícitos en el desequilibrio contractual originario que caracteriza la relación de trabajo subordinado –ése es el criterio que soporta todas las proposiciones normativas contenidas en esos dos artículos de la Carta Social Europea. Y por ser ése el criterio fundamental, que establece una conexión fuerte entre los derechos de quien

⁷ Ubicado en www.congreso.es.

⁸ Artículo 1, apartado 5.

⁹ Denuncia publicada en el BOE 112 de 10/05/1991.

trabaja y los «derechos humanos» en general, no dejará de ser sorprendente el hecho que la propia Carta no reconozca a estos artículos la preeminencia que esas características reclamarían. En efecto, el artículo 20¹⁰, **no incluye** los artículos 2 y 4 en el abanico de aquellos siete artículos de relieve primordial, entre los cuales resulta obligatoria la aceptación de, por lo menos, cinco. Bastará, pues, para un Estado que no acepte los artículos 2 y 4, la consideración de que será «objetivo de su política» la creación de «condiciones en que puedan ser efectivos los derechos y principios» aludidos en los números 2 y 4 de la Parte I de la Carta.

3. Tal como las exigencias por las cuales se expresa la «Agencia del Trabajo Digno», la promoción, en la Carta, de condiciones de trabajo y de remuneraciones «equitativas» (por utilizar el término que adoptó en la versión española de la Carta) se dirige a las «partes contratantes», esto es, a los Estados miembros del Consejo de Europa que ratifiquen los citados artículos 2 y 4. Sus destinatarios de primera línea son, claramente, los legisladores nacionales: la Carta define aquí un verdadero programa legislativo, aunque en términos vagos que conceden amplio espacio a la política legislativa propia de cada Estado. No obstante, como se sabe, la jurisprudencia del Comité Europeo de los Derechos Sociales (CEDS) ha venido apropiándose de una parte, aunque bastante discreta, de ese espacio, ofreciendo parámetros concretos para, a través de una densificación de los derechos consagrados en el texto de la Carta por los legisladores nacionales, alcanzarse una progresiva armonización del modo en que se entiende y se aplica en el espacio jurídico del Consejo de Europa. Desde el punto de vista formal, es evidente que esos criterios

interpretativos –establecidos por el órgano de control del cumplimiento por los Estados de la Carta– no forman parte integrante de la Carta Social Europea¹¹, pero se explicitan, con carácter general, en el inicio de cada volumen correspondiente a las «Conclusiones» elaboradas por el Comité y, en el plano jurídico, se entienden como desarrollos declarativos del contenido de la Carta¹². Por otro lado, no se trata de criterios rígidos o inmutables; la preocupación del ajuste a la diversidad de las situaciones nacionales y a la evolución de las circunstancias explica que –como veremos más adelante–, a veces, se manifieste alguna variación y hasta aparente inconsistencia en la aplicación de tales criterios. En segunda línea, también son destinatarios de la Carta, en cada país que reúna condiciones para ser considerado «parte contratante», los restantes órganos del Estado –Tribunales y Administración pública–, una vez que el convenio ratificado constituye un compromiso firme del Estado so-

¹¹ Sobre la clasificación de los criterios interpretativos de la Carta, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 43 a 45.

¹² Esa consideración fue reforzada por el Protocolo de Turín (alteraciones a la Carta), celebrado el 21 de octubre de 1991. La nueva redacción dada a los artículos 24 y 25 de la Carta originaria (la única que entonces se encontraba en vigor) dejó claro que el cronograma de la supervisión del cumplimiento de la Carta integraba una instancia de apreciación propiamente *jurídica* –el Comité, entonces denominado «de Peritos Independientes»– y dos instancias *políticas* –el Comité Gubernamental, encargado de hacer recomendaciones y propuestas de actuación con base en las conclusiones del primero, y el Comité de Ministros, al cual competía la decisión final sobre esas recomendaciones y propuestas. Fue este diseño el que, mucho más tarde, permitió –aunque en un contexto en que ya figuraba el Protocolo Adicional sobre Reclamaciones colectivas de 1995– que el Comité, frente a una posición discordante del Comité de Ministros haya subrayado que «el Comité de Ministros no puede contrariar una apreciación jurídica hecha por el Comité de Peritos Independientes, sino que sólo puede decidir hacer, o no, una recomendación adicional al Estado implicado». C. BENELHOCINE, *The European Social Charter*, ed. Consejo de Europa (Estrasburgo, 2012), pág. 101. Recuérdese que aunque conste en el sitio en Internet del Consejo de Europa que España ratificó este Protocolo el 24 de enero de 2000, lo cierto es que el Instrumento de ratificación de dicho Protocolo nunca se publicó en el *Boletín Oficial del Estado*, por lo que no se puede considerar que España esté vinculada por este Protocolo.

¹⁰ Bajo el epígrafe «Compromisos», el artículo 20 integra la Parte III de la Carta. Esta disposición identifica las disposiciones fundamentales (*core provisions*) –correspondientes a compromisos expresados en la aceptación de artículos de la Carta, conforme al peculiar proceso instituido por ella–, necesarias para que un Estado pueda ser considerado «parte contratante», esto es, Estado ratificante. De entre los referidos compromisos, se establece la vinculación por el Estado ratificante a, por lo menos, cinco de los siete artículos siguiente de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19.

berano, en su conjunto¹³. Los tribunales, en particular, no pueden ignorar ese compromiso del Estado a cuya estructura operativa pertenecen, como órganos de soberanía. Es claro que las directrices constantes de los artículos 2 y 4 no son suficientemente densas como para hacer posible su aplicación en la decisión sobre situaciones concretas. Aun así, se considera que la Carta no puede ser, pura y simplemente, dejada de lado por los tribunales de cualquiera de los Estados ratificantes. El necesario uso jurisdiccional de la Carta se sitúa en dos planos: las directrices constitutivas de los artículos son, ciertamente, invocables en la construcción de los criterios de valoración de los casos a juzgar; y la ya referida jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales no puede ser ignorada, en la medida en que define parámetros de apreciación y decisión que son vinculantes para los Estados ratificantes.

4. Especialmente en lo que toca a las materias abordadas en los artículos 2 y 4 de la Carta, el hecho de que el Estatuto de los Trabajadores hubiera sido publicado en fecha muy próxima a la ratificación de la Carta, podría sugerir algún tipo de conexión entre ambas medidas. En realidad, no existe, en la Exposición de Motivos del Estatuto, ningún indicio de que el tenor de esos específicos compromisos internacionales –al contrario de los que resultan de ciertos convenios de la Organización Internacional de Trabajo¹⁴– hu-

biese sido especialmente tenido en cuenta por el legislador español en la trazado del régimen de las relaciones individuales de trabajo que cumple el Título I de la Ley de 1980. La explicación para tal hecho se encuentra –más que en la infravaloración de la Carta Social Europea–, sobre todo en el hecho de la entonces muy reciente Constitución de España, naturalmente colocada en el proscenio del ordenamiento jurídico nacional, más allá de encargar al legislador ordinario establecer un «estatuto de los trabajadores» (artículo 35/2), incluir referencias fundamentales aquellas mismas materias (en particular, en los artículos 35/1 y 40/2), suficientes para orientar un correspondiente programa legislativo. La circunstancia de que el Reino de España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada deja provisionalmente intactas la naturaleza y la amplitud de los compromisos inherentes a la aceptación de los artículos 2 y 4 de la Carta originaria. La Carta revisada no se limitó, en efecto, a incrementar nuevos compromisos a la lista resultante de la Carta originaria y del Protocolo adicional de 1988; modificó el contenido de algunos de ellos, señaladamente los que constan en el artículo 2, como se indicará en su propio lugar. En consecuencia –y por referir sólo un ejemplo–, las obligaciones contraídas por España en el ámbito del artículo 2 son menos exigentes que las de Portugal, que ratificó en su integridad la Carta revisada. Por otro lado, como se vio, España, dado que no ratificó el Protocolo Adicional de 1995, sobre un sistema de reclamaciones colectivas, no está expuesta a este segundo régimen de control de aplicación de la Carta, también protagonizado por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Así, sólo está en causa el examen de los informes periódicos sobre la aplicación de las disposiciones aceptadas y no aceptadas por el Estado español, de conformidad con los artículos 21 y 22 de la Carta Social de 1961. En las notas que siguen, trataremos, sucesivamente, de los artículos 2 y 4, estructurando el tratamiento de cada uno de ellos en dos partes: primero, procuraremos evidenciar el sentido re-

octavo de esos convenios (sobre trabajo infantil), que el Estado español ratificó prontamente, en 2001.

¹³ Aunque subsista, incluso hoy, la tendencia de calificar las disposiciones obrantes en la Parte II de la Carta como meras proposiciones de principio, con carácter puramente doctrinal y programático, la verdad es que la naturaleza vinculante, obligatoria, de esas disposiciones, como verdaderas normas jurídicas –aunque de contenido muy flexible, dejando amplios márgenes de decisión a los legisladores nacionales–, resulta inherente, de manera cristalina, en el proceso histórico de su formación. El debate sobre el carácter a atribuir a esas proposiciones existió en la fase de desarrollo del proyecto, y se resolvió en el sentido de reconocimiento de perfil vinculante (para los Estados aceptantes) a todos los elementos constitutivos de la Parte II. Cfr., por ejemplo, M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Carta Social Europea y su puesta en práctica*, Revista de Instituciones Europeas, núm. 5 (1978), pág. 56, accesible en www.cepc.gob.es.

¹⁴ España ya había ratificado, hasta 1977, la casi totalidad de los que vendrían a ser conocidos como «convenios fundamentales» de la OIT. Sólo muchos años más tarde surgiría el

gizador que resulta de los propios textos, y de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales; después, analizaremos el modo en que se estableció la conexión entre el ordenamiento jurídico español y esos mismos contenidos reguladores o, en otras palabras, el punto en que se encuentra el cumplimiento de los compromisos asumidos por España a través de la ratificación de la Carta Social Europea de 1961, y de la aceptación, sin reservas, de los dos mencionados artículos. Dado que nuestro campo de observación se limita a los artículos 2 y 4, tomaremos como base las Conclusiones más recientes del Comité Europeo de Derechos Sociales, publicadas en 2014 y referentes al período de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012, en lo parte relativa a España¹⁵. Como se comprobará, el Comité produjo (en lo que respecta al cumplimiento por el Estado español de los dos artículos aludidos, y teniendo en cuenta que totalizan 10 apartados) 4 conclusiones de conformidad y 5 de no conformidad. Por otro lado, el CEDS lamentó la repetida falta de información solicitada a fin de poder pronunciarse sobre el cumplimiento de una de las disposiciones abarcadas –el apartado 5 del artículo 4–, considerando incluso que esa omisión «representa una violación de la obligación de informar asumida por España con base en la Carta de 1961».

2. EL DERECHO A CONDICIONES DE TRABAJO EQUITATIVAS

2.1. El artículo 2 de la Carta y su interpretación

2.1.1. El criterio de la «gran mayoría»

5. En la secuencia natural de las disposiciones relativas al *Derecho del Trabajo*, reunidas en el artículo 1, el artículo 2 de la Carta

aborda un abanico de disposiciones referentes al *derecho a condiciones de trabajo equitativas*, que versan sobre la temática del *tiempo de trabajo*, más concretamente: duración del trabajo y de los descansos. En la perspectiva asumida por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), los objetivos de la Carta, en este punto específico, son los de proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, y asegurar la conciliación del trabajo con sus vidas personales y familiares¹⁶. En los términos del artículo 33 de la Carta originaria (bajo el epígrafe «Puesta en aplicación por medio de Convenios Colectivos») –con correspondencia en el artículo I de la Parte V de la Carta revisada¹⁷–, todas las disposiciones contenidas en este artículo¹⁸ están cubiertas por un particular criterio de *compliance*, según el cual, independientemente de los medios por los cuales, en cada país, deban hacerse efectivas las obligaciones derivadas de aquellas disposiciones, se considera que se cumplen cuando se apliquen «a la gran mayoría de los trabajadores interesados» («*the great majority of the workers concerned*»; «*la grande majorité des travailleurs intéressés*»). Naturalmente,

¹⁶ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, ed. Consejo de Europa, 2ª ed. (Estrasburgo, 2000), pág. 15.

¹⁷ Artículo I (rotulado, en francés, «*Mise en œuvre des engagements souscrits*», y en inglés, «*Implementation of the undertakings given*»).

¹⁸ «1 –En los Estados miembros en los que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 2, párrafos 4, 6 y 7 del artículo 7 y párrafos 1, 2, 3 y 4 del artículo 10 de la parte II de la presente Carta sean materias que estén normalmente confiadas a convenios entre empleadores u organizaciones de empleadores y organizaciones de trabajadores, o que normalmente se establezcan por vías distintas de la legislativa, las Partes Contratantes podrán aceptar los compromisos correspondientes, considerándose que los mismos han sido cumplidos desde el momento en que esas disposiciones sean aplicadas en virtud de dichos convenios, o por cualquier otro medio, a la gran mayoría de los trabajadores interesados. 2 – En los Estados miembros en los que estas disposiciones sean materia que compete normalmente a la actividad legislativa, las Partes Contratantes podrán igualmente aceptar los compromisos correspondientes, considerándose que los mismos han sido cumplidos desde el momento en que esas disposiciones sean aplicadas por Ley a la gran mayoría de los trabajadores interesados».

¹⁵ Cfr. *Conclusions XX-3* (2014), Spain. Aunque esté en curso de nueva apreciación –sobre un informe presentado por España en 2016–, cuyas conclusiones se esperan para el fin del corriente año de 2018, no podemos, naturalmente, tener en cuenta los materiales relativos a ese nuevo proceso de control.

la fórmula suscita dudas en cuanto a la medida de esa «gran mayoría». Desde el punto de vista técnico-jurídico, se trata de un concepto indeterminado, que, si contase con legislación nacional –esto es, norma directamente aplicable a situaciones individuales concretas– debería ser tomado como una invitación al juzgador para encontrar soluciones ajustadas a las circunstancias en cada caso. Sin embargo, siendo expresión constante de una disposición internacional, fundada en compromiso que tiene por objetivo una cierta estandarización de regímenes en los Estados suscritores, esa técnica no correspondería a su naturaleza ni produciría resultados útiles. Así, el CEDS entendió necesario concretar por él mismo, de modo unívoco, esa noción de «gran mayoría», colocando el umbral, como se sabe, en 80%¹⁹. Eso significa que de la apreciación relativa al cumplimiento en cierto país de disposiciones incluidas en este artículo de la Carta, puede concluirse la no cobertura de hasta un 20% de los trabajadores comprendidos, sin que de ahí resulte un juicio de no conformidad²⁰. La definición de un criterio tan maleable para la apreciación del cumplimiento de ciertas (más bien, muy pocas) disposiciones de la Carta y, en especial, de las relativas a los tiempos de trabajo y de descanso, parece deber relacionarse con la necesidad de atender a la gran diversidad de los regímenes nacionales, y a la particular sensibilidad que el tema reviste, en los planos económico y social. El establecimiento del criterio constante del artículo 33 –que, como señalamos, se mantuvo, más de tres décadas después, en la Carta revisada– puede haber sido el precio negociado de la inclusión

de las disposiciones bastante concretas del artículo 2.

2.1.2. *El derecho a una «duración razonable» del trabajo*

6. El apartado 1 del artículo 2 obliga al Estado ratificante que lo acepte como compromiso «a fijar una duración razonable al trabajo diario y semanal, debiendo la semana de trabajo ser progresivamente reducida, tanto cuanto el aumento de la productividad y los otros factores en juego lo permitan» (*«to provide for reasonable daily and weekly working hours, the working week to be progressively reduced to the extent that the increase of productivity and other relevant factors permit»*; «à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent»). Esta disposición pone de nuevo en evidencia la noción de «razonabilidad», que apela a la consideración conjunta de factores ligados a la situación personal de los trabajadores –conciliación vida/trabajo, salud y seguridad en el trabajo– y ligados a la concreta situación de la entidad empleadora, a su organización, al sector económico en que se sitúa y a las características del proceso productivo. También aquí, sin embargo, el CEDS se debatió entre la necesidad de respetar la intención claramente subyacente al enunciado de la Carta –la de viabilizar regímenes de duración del trabajo adaptados a las circunstancias de cada país, absteniéndose, por eso, de fijar límites absolutos²¹– y la exigencia de conferir algún sentido útil –esto es, algún efectos de encuadramiento y estandarización mínima– a ese mismo enunciado. Así, después de, en varios momentos²²,

¹⁹ Cfr. *Conclusions* I.

²⁰ Se trata de solución muy criticada, señaladamente por quien considera, justamente, que la materia de los derechos sociales se inserta en el dominio más amplio de los derechos humanos, que son, por naturaleza, indivisibles y universales. Cfr., por ejemplo, J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme: Quelles perspectives pour les 10 prochaines années?*, accesible en <rm.coe.int/1680490831>. El propio Comité manifestó disconformidad con la solución, pero el artículo 33 de la Carta no deja espacio para una exigencia de aplicación universal.

²¹ A pesar, en el proceso de construcción de la Carta, de haber sido formuladas propuestas en el sentido de establecerse la semana de 40 horas como objetivo. Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, *La Carta Social Europea y su puesta en práctica*, cit., pág. 59.

²² Sobre las sucesivas posiciones adoptadas por el Comité en este ámbito, véase la síntesis de L. SAMUEL, *Droits sociaux*

haberse manifestado contra la posibilidad de fijar concretos límites a la duración del trabajo diario y semanal —exactamente, por contrariar tal fijación los propósitos subyacentes en esta disposición de la Carta—, el Comité acabó por encontrar una solución por vía negativa: la de, casuísticamente, calificar ciertos regímenes de duración del trabajo como de «carácter irrazonable» y, a partir de ahí, formular la posición de que «la duración del trabajo debe, en cualquier caso, ser inferior a dieciséis horas al día y no sobrepasar sesenta horas por semana para ser considerada como razonable en el sentido de la Carta»²³. Por otro lado, el CEDSS, naturalmente, tuvo que pronunciarse sobre las definiciones de tiempo de trabajo y de tiempo de descanso, señaladamente a propósito de regímenes de disponibilidad de los trabajadores sin trabajo efectivo, como los de prevención (*stand-by duty*) en las instalaciones del empleador y los de permanencia «a llamada» (*on-call duty*) en casa del trabajador. El Comité entiende que «la ausencia de trabajo efectivo, determinada *a posteriori* para un período de que *a priori* el trabajador no podía disponer, no constituye un criterio adecuado para encarar tal período como de descanso»; así, «la equivalencia de un período «a llamada» a período de descanso, en su integridad, constituye una violación del derecho a una razonable duración del trabajo» en cualquiera de aquellas modalidades²⁴.

7. Las preocupaciones inspiradoras de este párrafo del artículo 2 evidencian que la mera fijación de límites al trabajo diario normal no es bastante: la consideración de los tiempos de trabajo suplementario es indispensable para la salvaguarda de las exigencias de salud y seguridad en el trabajo, así como para la conciliación de la vida personal y familiar con la actividad profesional. Tal ponderación conjunta nunca estuvo en duda en la interpretación de esa disposición de la Carta, señala-

damente en lo que toca a la apreciación de la «razonabilidad» de los regímenes de duración del trabajo. Esos regímenes no pueden bastarse con el acuerdo entre empresario y trabajador, ni siquiera con acuerdos establecidos con representantes de los trabajadores, en cuanto al volumen de trabajo suplementario a prestar, una vez que debe atenderse a exigencias de orden público —salud y seguridad en el trabajo— y no, meramente, a intereses particulares. En esa perspectiva, y en relación con un caso emblemático —el de Noruega—, el Comité apreció un marco compuesto, de un lado, por normas relativamente restrictivas en cuanto a la duración del trabajo semanal (40 horas en la ley; 37 horas y 30 minutos en los acuerdos colectivos) y, de otro lado, por reglas permisivas de prestación de trabajo más allá de esos límites, pudiendo totalizar, en ciertos casos, dieciséis horas. En sus conclusiones, el CEDS entendió que «una jornada de trabajo de dieciséis horas es demasiado larga para ser considerada como razonable en el sentido de esa disposición de la Carta»²⁵.

8. Las modernas tendencias para la adopción de formas de flexibilidad en la organización de los tiempos de trabajo, en la medida en que comportan la posibilidad de fluctuación de horarios y de cómputo de los límites legales de la jornada y de la semana de trabajo como media en un período de referencia, abren espacio para la práctica, en ciertos períodos, de tiempos de actividad más largos de lo normal. Esa es una de las vías por las cuales, aunque esporádicamente, pueden surgir jornadas o semanas de trabajo «irrazonables», sin que los límites legales dejen de ser respetados como media. Aunque no considerando que la adopción de esos regímenes constituya, en sí mismo, causa de no conformidad con la Carta, el Comité adoptó, en la apreciación individualizada que hace en cuanto a la situación existente en cada país, criterios prudenciales destinados a garantizar, de un lado, el respeto, en cualquier jornada y en cada semana de tra-

fondamentaux. Jurisprudence de la Charte Sociale Européenne, 2ª ed., Consejo de Europa (Estrasburgo, 2002), págs. 42-43.

²³ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo I, pág. 34.

²⁴ Cfr. *Conclusions XX-3* (2014), Spain, pág. 6.

²⁵ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo 2, pág. 648.

bajo, por los parámetros de razonabilidad definidos en general (menos de dieciséis horas al día, menos de sesenta horas por semana), y a prevenir, de otro lado, la hipótesis de manipulación de los tiempos de trabajo por decisiones unilaterales de los empresarios²⁶. Teniendo que calcular el tiempo de trabajo como media en un período de referencia, este no debe exceder de cuatro a cinco meses²⁷, admitiéndose la extensión hasta doce meses por convenio colectivo, «supuesto que haya razones objetivas o técnicas, o relacionadas con la organización del trabajo, que justifiquen tal extensión»²⁸. Teniendo a la vista el objetivo de prevenir la manipulación unilateral de los tiempos de trabajo por el empresario, la práctica de regímenes de flexibilidad en la organización de los tiempos de trabajo está condicionada por la existencia de un marco claro de reglas legales o convencionales, acompañadas de la existencia de servicios de inspección de trabajo en condiciones de verificar su cumplimiento²⁹.

9. La parte final del apartado 1 del artículo 2 preconiza la reducción progresiva de la semana de trabajo, prestando atención a aumentos de productividad y a «otros factores en juego» (*«other relevant factors», «les autres facteurs entrant en jeu»*). Esta cautelosa disposición, respecto de la «dinámica» de la evolución de los tiempos de trabajo, no se dirige, en nuestra opinión, a la corrección de eventuales situaciones en que los parámetros de la razonabilidad sean sobrepasados, pero sí a la tendencia que se manifestó, sobre todo, en la década de los noventa del siglo pasado, de la reducción de los límites máximos legales y convencionales de la semana de trabajo. Entre tanto, el CEDA entendió también que debía incluirse en la lista de esos factores a considerar en la reducción de la semana de trabajo la «naturaleza del trabajo», particularmente en la perspectiva de la salud y de la seguridad

de los trabajadores³⁰. De cualquier modo, este último segmento de la disposición en análisis asume una naturaleza puramente indicativa y programática, dejando a las Partes contratantes y a los interlocutores sociales todo el espacio de decisión en cuanto a la medida, al ritmo y a la oportunidad de las reducciones del tiempo de trabajo.

2.1.3. *El derecho a días festivos*

10. La disposición obrante en el segundo apartado del artículo 2 de la Carta –según el cual los Estados ratificantes deben «fijar días festivos obligatorios con remuneración» (*«to provide for public holidays with pay»; «à prévoir des jours fériés payés»*)–, reviste especial singularidad: no existe, que sepamos, en ningún otro instrumento convencional internacional sobre derechos sociales³¹, un precepto que imponga a los Estados implicados el deber de instituir días festivos. Sólo en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales³² se encuentra, en el artículo 7, letra d), una referencia a la «remuneración de los días festivos» como objeto necesario de imposición legal. Esta disposición (apartado 2 del artículo 2) pretende, de un lado, garantizar, en alguna medida, el derecho al ocio, al tiempo libre y, de otro lado, el derecho a la remuneración que es condición de disfrute de ese primer derecho. No estando así, verdaderamente, en cuestión el derecho al descanso –en el sentido de recuperación de la capacidad física y psíquica desgastada por el trabajo–, la facultad de disponer de sí mismo en ciertas fechas, con la posibilidad de decidir sobre el uso de ese tiempo para celebrarlas o para fines diferentes, se trata, en esta regla de

²⁶ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo I, págs. 113-114.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Cfr. *Conclusions XIX-3*.

²⁹ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo 1, págs. 32 a 35.

³⁰ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 17.

³¹ El tema está completamente omitido en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (1989) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000).

³² Adoptado en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

la Carta, como elemento de un marco de condiciones equitativas (justas) de trabajo. Resulta claro del texto de este párrafo que no se impone un número específico de festivos; frente a la gran diversidad de las situaciones que se pueden dar en cada país, parece bastar que estén consagrados «algunos» días festivos³³, en que los trabajadores recuperen su disponibilidad personal, sin pérdida de retribución. Más allá de eso, debe recordarse que este apartado se encuentra dentro del ámbito cubierto por el artículo 33 de la Carta³⁴, por el que se admite que un cierto porcentaje del total de trabajadores (hasta un 20%) no disfrute del derecho de suspender el trabajo en esos días, sin que se considere que exista una situación de no conformidad.

11. A este respecto, la jurisprudencia del CEDS reconoce y acepta que, en ciertas actividades cuya naturaleza impone o justifica el funcionamiento en todos los días de la semana y, por tanto, que también en los días festivos haya trabajadores que no disfruten del derecho al ocio en estos días; pero desde hace ya mucho tiempo que se considera exigible la atribución a esos trabajadores de «un número equivalente de días de descanso compensatorio»³⁵. Pero recientemente, sin embargo, el Comité reformuló severamente esa posición, emitiendo una declaración interpretativa (*statement of interpretation*) del siguiente tenor: «El Comité considera que el trabajo realizado en un día festivo requiere una limitación de la parte del trabajador, que debería ser compensada con una remuneración más elevada de lo que usualmente se paga. Conforme a ello, además del día festivo pagado, el trabajo realizado ese día debe ser remunerado, por lo menos, con el doble de la retribución normal. La remuneración también puede ser atribuida en forma de tiempo libre compensatorio, en cuyo caso debería ser por lo menos el doble

de los días trabajados»³⁶. Importa señalar que la jurisprudencia del CEDS sobre este tópico no parece, de momento, exenta de algún espacio para dudas aplicativas. Señaladamente, no está clara la diferenciación entre trabajo realizado en días festivos, en actividades que funcionan necesariamente esos días (y en las cuales, por consiguiente, se trata de «trabajo normal»), y trabajo realizado en días festivos, en actividades que, normalmente, paran esos días (y en las cuales, por tanto, se trata de «trabajo suplementario»). Las consecuencias ligadas al trabajo realizado en días festivos pueden no ser iguales en los dos tipos de situaciones, y la posición del Comité a ese respecto parece no conllevar ninguna distinción.

2.1.4. *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*

12. Siempre en el ámbito de las «condiciones de trabajo equitativas», el apartado 3 de este artículo de la Carta de 1961 compromete a los Estados aceptantes a «asegurar la atribución de vacaciones anuales retribuidas de dos semanas como mínimo» (*«to provide for a minimum of two weeks annual holiday with pay»; «à assurer l'octroi d'un congé payé annuel de deux semaines au minimum»*)³⁷. Las dos versiones oficiales no permiten obtener una respuesta inequívoca para la cuestión de saber si ese período mínimo es necesariamente continuo, o puede dividirse en dos o más fracciones. La versión francesa sugiere que, como «mínimo», se trata de un período unitario («*un congé ...*»), mientras que la versión inglesa parece limitar la exigencia a que, en un año, las vacaciones atribuidas y disfrutadas totalicen dos semanas. Entre tanto, la práctica —generalizada en varios países— de la interpolación de las vacaciones no ha merecido censura por parte del Comité. De todos modos,

³³ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 24.

³⁴ Véase *supra*, núm. 5.

³⁵ Cfr., por ejemplo, *Conclusions XII-1*, pág. 75.

³⁶ Cfr. *Conclusions XIX-3* (2010), pág. 8.

³⁷ En la Carta revisada (1996), el período mínimo de vacaciones pasó a ser de cuatro semanas, de conformidad con la evolución verificada en la generalidad de los países en esta materia.

el tópico más insistentemente enfatizado en la jurisprudencia del CEDS no es el de la continuidad, sino el de la irrenunciabilidad del derecho a vacaciones retribuidas, tomándose la renuncia en el sentido de «cambio» de ese derecho, en todo o en parte, por una compensación económica, incluso con aceptación expresa del trabajador³⁸. Debe tenerse en cuenta que la proclamación firme de ese principio no lleva a excluir la admisibilidad de la compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas, cuando el contrato de trabajo se extingue³⁹.

13. La jurisprudencia del CEDS se muestra, no obstante, razonablemente flexible ante regímenes legales nacionales que establecen algún tipo de conexión entre el acceso a vacaciones retribuidas y el trabajo efectivamente prestado. Así, la exigencia de un período de trabajo efectivo –que puede llegar a ser de un año– antes del disfrute de las primeras vacaciones⁴⁰, así como la reducción del período mínimo en proporción al tiempo prestado en el mismo año⁴¹, son soluciones normativas consideradas conformes a la Carta. Otras situaciones en que el derecho a vacaciones se enfrenta con desviaciones a la normalidad de las relaciones de trabajo son testigo de la relativa flexibilidad de juicio por parte del Comité. Así, la garantía de dos semanas de vacaciones en cada año no perjudica la admisibilidad –dependiente de la regulación nacional– de la posposición, al año subsiguiente, del disfrute de vacaciones que excedan de ese mínimo⁴². Por otro lado, la ocurrencia de enfermedad durante el período de vacaciones confiere al trabajador afectado el derecho de disfrutar en otro momento de los días perdidos, hasta la

garantía mínima de dos semanas⁴³. Se señala, en fin, que el CEDS se ocupó también del derecho a vacaciones para trabajadores en régimen de tiempo parcial, sosteniendo que, sea cual sea la duración del trabajo que presten, deben beneficiarse de la protección del apartado 3 del artículo 2 de la Carta –o sea, de la misma garantía de dos semanas de vacaciones anuales retribuidas, como mínimo⁴⁴.

2.1.5. Reducción del tiempo de trabajo o aumento de vacaciones para los trabajadores en riesgo

14. La noción de «duración razonable» del trabajo diario y semanal sería suficientemente amplia para comprender todos los tipos de regímenes particulares de duración del trabajo fundados en la naturaleza de las actividades, tanto en función de su penosidad, como en función de los riesgos que implican. Entre tanto, el párrafo 4 del artículo 2 de la Carta no deja de conferir un relieve distinto a las situaciones caracterizadas por niveles específicos de riesgo de infortunio. Así, obliga a los Estados a «asegurar a los trabajadores ocupados en determinadas actividades peligrosas o insalubres, bien una reducción de la duración del trabajo, bien vacaciones retribuidas suplementarias» («to provide for additional paid holidays or reduced working hours for workers engaged in dangerous or unhealthy occupations as prescribed»; «à assurer aux travailleurs employés à des occupations dangereuses ou insalubres déterminées soit une réduction de la durée du travail, soit des congés payés supplémentaires»). Es evidente la relación de esta regla contenido en el apartado 4 del artículo 2 con las que, en el artículo siguiente, desarrollan el derecho a la salud

³⁸ Cfr. *Conclusions* I, pág. 170; *Conclusions* IV, pág. 16; *Conclusions* VIII, pág. 42 ; *Conclusions* XIII-3, pág. 257 ; *Conclusions* XIV-2, tomo 2, pág. 560-561.

³⁹ Cfr. *Conclusions* I, pág. 169.

⁴⁰ Cfr. *Conclusions* XIV-2, tomo 2, pág. 702.

⁴¹ Cfr. *Conclusions* VII, pág. 14.

⁴² «El Comité considera que vacaciones anuales que excedan de dos semanas pueden ser pospuestas en situaciones particulares, definidas por la legislación nacional, que sirvan de modelo para justificar la posposición» – *Conclusions* XIX-3 (2010), pág. 211.

⁴³ «El Comité recuerda que los trabajadores que sufran enfermedad o lesión durante las vacaciones anuales tienen derecho a disfrutar los días perdidos en otra época, de modo que se beneficien de las dos semanas de vacaciones anuales garantizadas por este apartado, posiblemente bajo la condición de presentar certificado médico» – *Conclusions* XIX-3 (2010), pág. 74.

⁴⁴ Cfr. *Conclusions* XIV-2, tomo 2, pág. 561.

y a la seguridad en el trabajo. La circunstancia de que el presente apartado se limite, en su tenor, a medidas destinadas, sobre todo, a reducir la exposición de los trabajadores a riesgos aparentemente considerados como consustanciales a ciertas actividades, llevó al Comité a tomar posición en el sentido de que las acciones de naturaleza preventiva o incluso supresora de los riesgos están presupuestas en esta disposición, y contribuyen a la delimitación de su ámbito de cobertura⁴⁵. Así, recordó en varias ocasiones «su jurisprudencia constante según la cual, si la eliminación de todos los riesgos en los lugares de trabajo es el objetivo a conseguir, mientras no sea alcanzado, la reducción del trabajo, tal como se exige por esta disposición de la Carta, es un factor esencial para reducir el número de accidentes y de enfermedades debidos al estrés o a la fatiga»⁴⁶. En efecto, el objetivo pretendido por este apartado es el de «permitir una menor acumulación de fatiga física y mental y una reducción de la exposición al riesgo, ofreciendo a los trabajadores períodos de recuperación más importantes»⁴⁷. La reducción de los tiempos de exposición no basta⁴⁸; es necesario evitar que sean alcanzados niveles de fatiga y de desgaste que favorezcan, en sí mismos, la ocurrencia de accidentes o enfermedades. También es conforme con es lógica, que el Comité considera

no conforme a la Carta, sólo en sí misma, la atribución de suplementos de remuneración (complementos de riesgo) a los trabajadores empleados en tales ocupaciones, sin reducción del tiempo de trabajo⁴⁹.

15. Este apartado de la Carta, tal como casi todos los demás de la Parte II, comporta espacios relativamente amplios de indeterminación, que se traducen en márgenes de decisión o especificación ofrecidos a los Estados ratificantes. Desde luego, la referencia a «determinadas actividades» –que, en la versión inglesa, son «*as prescribed*», o sea, conforme normativamente definido– implica la entrega a las autoridades nacionales de todo el espacio para la individualización de los trabajos peligrosos o insalubres que justifican la protección de la regla en cuestión. En la diversidad de las legislaciones de los países comprendidos, son usualmente referenciadas actividades como «el trabajo en las minas y canteras y otros trabajos subterráneos, la manipulación de explosivos, de amianto y de productos químicos tóxicos, el trabajo en la marina mercante, la navegación aérea, e incluso diversas ocupaciones asociadas a la metalurgia, a los transportes por carretera, a la construcción naval, a la extracción de turba, al sacrificio de animales, al trabajo bajo presión atmosférica elevada y el trabajo en el sector de la energía nuclear», además de nuevos riesgos ligados a las «radiaciones ionizantes, a temperaturas extremas, al ruido y al trabajo con pantallas informáticas»⁵⁰. El Comité exige, así, que en los informes anuales cada Estado suministre una lista de las actividades consideradas en este ámbito, así como la indicación de las correspondientes medidas preventivas, reservándose legitimidad para apreciar esas informaciones y considerarlas, o no, en conformidad con los propósitos de este apartado del artículo 2 de la Carta⁵¹. La censura ocurrirá si, por ejemplo, no se listasen actividades que el CEDS considera notoriamente «peligrosas o insalubres», como la siderurgia,

⁴⁵ Nótese que, en la Carta Social Europea revisada, este apartado del artículo aparece con nueva redacción, manifiestamente inspirada en esta clarificación del CEDS: «Para eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, cuando esos riesgos aún no hayan podido ser eliminados o suficientemente reducidos, para asegurar a los trabajadores empleados en esas ocupaciones bien una reducción de la duración del trabajo bien vacaciones retribuidas suplementarias» («*to eliminate risks in inherently dangerous or unhealthy occupations, and where it has not yet been possible to eliminate or reduce sufficiently these risks, to provide for either a reduction of working hours or additional paid holidays for workers engaged in such occupations*»); «à éliminer les risques inhérents aux occupations dangereuses ou insalubres et, lorsque ces risques n'ont pas encore pu être éliminés ou suffisamment réduits, à assurer aux travailleurs employés à de telles occupations soit une réduction de la durée du travail, soit des congés payés supplémentaires»).

⁴⁶ Cfr. *Conclusions* XIII-3, pág. 259.

⁴⁷ Cfr. *Conclusions* V, pág. 15-16.

⁴⁸ Cfr. *Conclusions* XIV-2, tomo 2, pág. 601.

⁴⁹ Cfr. *Conclusions* III, pág. 16.

⁵⁰ Cfr. L. SAMUEL, *Droits sociaux fondamentaux*, cit., pág. 54.

⁵¹ Cfr. *Conclusions* XIV-2, págs. 117-118.

la construcción y la reparación navales, las industrias químicas y farmacéuticas, la construcción, y aquellas que impliquen exposición a radiaciones ionizantes, a temperaturas extremas y a ruido⁵². Por otro lado, el texto de la disposición examinada no suministra parámetros para la definición de la medida de la reducción del tiempo de trabajo o para el aumento de las vacaciones anuales, en las situaciones protegidas. Aunque la jurisprudencia del CEDS no ofrezca indicaciones consistentes acerca de este punto, se considera, en principio, que cualquier reducción de horarios o cualquier aumento de vacaciones, incluso de pequeña dimensión, deberán ser considerados de conformidad con la Carta. En este sentido, más recientemente, el Comité pasó a admitir que «otras medidas de reducción del tiempo de exposición pueden asegurar la conformidad con la Carta», debiendo ser apreciadas «caso por caso»⁵³.

2.1.6. El derecho al descanso semanal

16. El apartado 5 del artículo 2 de la Carta obliga a los Estados ratificantes a «asegurar un descanso semanal que coincida, en la medida de lo posible, con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición o por los usos del país o de la región» (*«to ensure a weekly rest period which shall, as far as possible, coincide with the day recognised by tradition or custom in the country or region concerned as a day of rest»*; «à assurer un repos hebdomadaire qui coïncide autant que possible avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région»). El contenido de esta disposición puede ser descompuesto en dos proposiciones de naturaleza diferente, como el propio CEDS tuvo oportunidad de evidenciar: «esta disposición de la Carta contiene dos obligaciones distintas. La primera, de carácter imperativo, prevé la garantía, para los traba-

jadores, del derecho a un descanso semanal. Una vez que el artículo 33 es aplicable, basta con que la gran mayoría de los trabajadores, o sea, el 80% se beneficie efectivamente de este derecho. La segunda obligación, menos imperativa, pues debe tener en cuenta ciertas condiciones particulares, usos, etc., prevé que ese descanso semanal tiene que coincidir, en la medida de lo posible, con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición o por los usos del país o de la región»⁵⁴.

17. La primera parte de este apartado, que consagra propiamente, y con carácter universal, el derecho al descanso semanal, implica la irrenunciabilidad de este derecho, incluso a cambio de una compensación en dinero⁵⁵. Entre tanto, el Comité da muestras de razonable flexibilidad en la doctrina que desarrolla en torno a la efectividad del propio derecho. Así, entiende que la transferencia del día de descanso a la semana siguiente a aquélla a la que se refiere, no constituye no conformidad con la Carta, supuesto que no implique más de doce días de trabajo consecutivos y que a estos sigan dos períodos de descanso semanal⁵⁶. Por otro lado, es verdad que el día de descanso semanal puede no caer en día diferente del domingo, pero eso sólo es admisible si la naturaleza del trabajo lo exige, esto es, si se trata de actividad que debe ser ejercida todos los días, o incluso continuamente⁵⁷. Finalmente, no se excluye la posibilidad de trabajo en el día de descanso –sea éste el domingo u otro–, pero se exige que al trabajador se le conceda el descanso en otro día, en sustitución de aquél

2.2. El cumplimiento del artículo 2 por España

18. Teniendo en cuenta que España no ratificó el Protocolo de Modificación de 1991⁵⁸, ni

⁵⁴ *Conclusions* XI-1, pág. 58.

⁵⁵ *Conclusions* I, pág. 21; *Conclusions* XIV-2, pág. 34-35.

⁵⁶ *Conclusions* XIV-2, tomo I, pág. 431.

⁵⁷ Cfr. *Conclusions* XIV-2, pág. 468.

⁵⁸ Cuyos artículos 1 a 5 procedieron a dar nueva redacción a los artículos 23 a 29 de la versión originaria de la Carta Social Europea, debiendo tenerse en cuenta que a este Protocolo

⁵² Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 29.

⁵³ *Conclusions* XXI-1 (2016), Spain, pág. 14.

el Protocolo Adicional de 1995 sobre reclamaciones colectivas, ni tampoco la Carta Social Europea revisada, el Estado español sólo se sujeta al proceso de control basado en informes periódicos, regulado en la Parte IV de la Carta originaria (artículos 21 a 29), y estrictamente relativa a los compromisos asumidos con base en esa primera versión, de 1961⁵⁹. Pasaremos a examinar las posiciones asumidas por el Comité, en lo tocante al cumplimiento por España, en relación con cada uno de los derechos consagrados en los diversos apartados del artículo 2.

2.2.1. *El derecho a una «duración razonable» del trabajo*

19. En relación con el apartado 1, el Comité formula dos órdenes de observaciones, ambas sugeridas por los regímenes de flexibilidad en la organización de los tiempos de trabajo, que la ley española consiente. La pri-

remite el artículo C de la Parte IV de la Carta Social Europea revisada, al afirmar que «el cumplimiento de las obligaciones jurídicas contenidas en esta Carta se someterá al mismo control que la Carta Social Europea [the implementation of the legal obligations contained in this Charter shall be submitted to the same supervision as the European Social Charter]» (véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., pág. 33).

⁵⁹ Esta disfunción resulta, sin embargo, relativizada por el hecho de que el Reglamento de desarrollo de los preceptos sobre el procedimiento de examen de informes es común a la versión originaria de la Carta Social Europea, al Protocolo Adicional de 1988 y al Protocolo de Modificación de 1991. Esta norma reglamentaria se denomina oficialmente «Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales [Rules of the European Committee of Social Rights, Règlement du Comité européen des Droits sociaux]» de 29 marzo 2004, que ha padecido muy diversas enmiendas, la última de las cuales en 26 enero 2018 (versión consolidada disponible en www.coe.int). Con carácter general, el Reglamento afirma –con palabras que permiten salvar la anomalía de que no se haya incorporado al ordenamiento interno español el Protocolo de Modificación de 1991– que «el Comité decide sobre la conformidad de la situación de los Estados con la Carta Social Europea, el Protocolo Adicional de 1988 y la Carta Social Europea Revisada [the Committee rules on the conformity of the situation in States with the European Social Charter, the 1988 Additional Protocol and the Revised European Social Charter]».

mera se refiere a la dimensión del período de referencia, utilizable siempre que la duración del trabajo deba ser calculada como media; la segunda tiene por objeto la extensión que el trabajo semanal puede alcanzar, mediante la aplicación de los referidos regímenes. Importa subrayar, a título preliminar, que esas observaciones, presuponiendo una postura genérica de no reprobación de las medidas de flexibilidad temporal a la luz de la Carta, se asientan en tres criterios –cumulativos– de evaluación de tales medidas, ya oportunamente mencionadas en este estudio, y que el propio Comité se encarga de sintetizar⁶⁰:

«1. Deben impedir tiempos de trabajo diarios y semanales irrazonables⁶¹ (...).

2. Deben ser practicadas dentro de un marco legal que ofrezca garantías adecuadas. Un sistema de tiempo de trabajo flexible debe operar en un marco legal que claramente circunscriba la discrecionalidad ofrecida a empresarios y trabajadores para variar, a través del convenio colectivo, el tiempo de trabajo.

3. Deben establecer períodos de referencia razonables para el cálculo del tiempo de trabajo medio. Los períodos de referencia no deben exceder de seis meses. Pueden ser alargados hasta un máximo de un año, en circunstancias excepcionales⁶².

El primer orden de observaciones del Comité se refiere a la extensión del período de referencia en los regímenes de flexibilidad temporal establecidos en la ley española. En verdad, el artículo 34.1, apartado segundo, del Estatuto de los Trabajadores, establece como límite «cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en

⁶⁰ Esta formulación de criterios fue extraída de una Decisión anterior del Comité en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas, que se referencia en el texto de estas Conclusiones: se trata del caso *Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC v. France*, Reclamación núm. 9/2000, Decisión de 16 de noviembre de 2001, §§ 29-38.

⁶¹ Véase *supra*, núm. 5: jornadas de 16 ó más horas; semanas de 60 ó más horas.

⁶² *Conclusions*, cit., pág. 5.

cómputo anual». El Comité acentúa, a este propósito, el hecho de que esa regla es de aplicación general, «sin que sean impuestos cualesquiera requisitos objetivos o técnicos, y sin que se limite a ciertos tipos de empresas o sectores». El segundo orden de observaciones se refiere a la posible extensión que el trabajo semanal es susceptible de alcanzar, en el marco de la legislación en vigor. El Comité recuerda varias advertencias suyas, en el pasado, acerca del hecho de que el Estatuto de los Trabajadores «permite tiempos de trabajo semanal superiores a 60 horas en el contexto de organizaciones flexibles del tiempo de trabajo, así como para ciertas categorías de trabajadores (por ejemplo, personal de los servicios sanitarios y de salud)». Por esos motivos, el CEDS declaró la no conformidad de la situación existente en España, en relación con el primer apartado del artículo 2 de la Carta. Adicionalmente, el Comité solicitó informaciones complementarias para ulterior apreciación. Teniendo en cuenta las aún recientes alteraciones del Estatuto, introducidas por el Real Decreto-ley 3/2012, de 6 de julio, y por las cuales pasó a existir la posibilidad, a falta de acuerdo sobre un régimen de flexibilidad temporal, de que el empresario, de modo unilateral, distribuya unilateralmente, a lo largo del año, el 10% del tiempo de trabajo⁶³, el Comité pretende saber con qué frecuencia tal facultad ha sido ejercida. En lo tocante al período de referencia, el CEDS pide pruebas de que, en la práctica, la extensión de ese período en los regímenes de flexibilidad no conduce a duraciones irrazonables del trabajo diario o semanal. Finalmente, solicita información sobre las reglas que se aplican a los regímenes de servicio *on-call* y sobre si los períodos de inactividad, en esos regímenes, son considerados tiempos de descanso⁶⁴.

2.2.2. *El derecho a días festivos*

21. Como vimos, la Carta no especifica ni cuántos ni cuáles son los días festivo cuyo disfrute debe asegurarse a los trabajadores. El Comité, ante la diversidad de situaciones nacionales, prefirió también abstenerse de concretar la disposición de la Carta, más allá del mero reconocimiento de que cada Estado debe establecer y hacer respetar «algunos» días festivos en cada caso. En el ordenamiento jurídico español, hay que considerar, a este respecto, el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, el artículo 45 del Real Decreto 2001/1983, de 28 julio, es más concreto, al discriminar los días festivos de ámbito nacional. Con este conjunto de disposiciones, resulta claramente cumplida la exigencia de reconocimiento a la generalidad de los trabajadores –incluidos los que ejerzan su actividad en las Comunidades Autónomas– del derecho al disfrute de un número significativo de días festivos al año, un derecho cuya efectividad se refuerza por el mecanismo de traspaso del disfrute de tiempo libre al lunes, cuando el día festivo cae en un domingo.

22. Por otro lado, el pago de la retribución por esos días de descanso está también legalmente asegurado («*tendrán carácter retribuido y no recuperable*»). Pero, como se dijo, fue más lejos en las exigencias que consideró implícitamente contenidas en este apartado del artículo 2 de la Carta. Abordando las situaciones de trabajo prestado en día festivo, emitió en 2010, como vimos, una declaración interpretativa, según la cual «además del festivo pagado, el trabajo realizado en ese día debe remunerarse, por lo menos, el doble de la retribución normal», o «con tiempo libre compensatorio, en cuyo caso debería ser por lo menos el doble de los días trabajados». En la legislación española, en relación con este punto, hay que tener en cuenta el artículo 47 del citado Real Decreto 2000/1983. Aunque no parezca que se satisfaga con todo rigor el criterio definido por el Comité en la mencionada declaración interpretativa, el conjunto de las disposiciones legales que tratan, en el ordenamiento español, de la fijación de los

⁶³ Nueva redacción del artículo 34.2 del Estatuto de los Trabajadores.

⁶⁴ Véase *supra*, núm. 6.

días festivos de ámbito general y del correspondiente régimen retributivo condujo al CEDS a «considerar que la situación en España es de conformidad con el artículo 2§2 de la Carta».

2.2.3. *El derecho a vacaciones anuales retribuidas*

23. El apartado 3 del artículo 2, que consagra el derecho de todos los trabajadores a vacaciones anuales retribuidas, es una disposición obsoleta, en parte, toda vez que el período mínimo allí definido –dos semanas– está ampliamente sobrepasado en la generalidad de los ordenamientos europeos, y también en la Carta Social Europea Revisada, que fija ese límite en cuatro semanas. En España, el precepto clave es el artículo 38.1 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, la formulación de la Carta de 1961 mantiene una relevancia significativa, en el marco de la jurisprudencia del CEDS, toda vez que mantiene la orientación, según la cual «los trabajadores deben tener, al menos, dos semanas ininterrumpidas de vacaciones durante el año en que se deban». Así, la garantía mínima derivada de este apartado del artículo 2 permanece aplicable –como exigencia de continuidad–, incluso en los períodos más largos que consagran las legislaciones nacionales. El Comité manifestó dudas sobre el cumplimiento por España de esta exigencia, en todos los casos, y demandó informaciones pertinentes. Entre tanto, reservó su posición acerca de este punto.

24. Por otro lado, el CEDS ha tomado posición acerca del destino de las vacaciones cuando el trabajador enferma o sufre cualquier impedimento físico durante el período correspondiente. Como ya pusimos de relieve, entiende que «los trabajadores que sufran enfermedad o lesión durante las vacaciones anuales tienen derecho a disfrutar los días perdidos en otro momento». Esta directriz, hasta el año 2007, no tuvo correspondencia en la ley española, lo que llevó a que el Comité tuviese que declarar, en este punto, una situación de no conformidad. Sin embargo, se

produjo una evolución legislativa importante hasta el período a que se refieren las Conclusiones consideradas en este trabajo (1 enero 2009 a 31 diciembre 2012). Así, al artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores se le añadió un apartado, en 2007, en el que se abordaba la coincidencia de las vacaciones con «una incapacidad temporal derivada de embarazo, de parto o de puerperio», o con un período de permiso por maternidad. En estos casos, la trabajadora pasó a poder disfrutar las vacaciones en otro momento, tras cesar aquellas situaciones. Después se añadió, por la ya citada Ley 3/2012, un nuevo párrafo al artículo 38.3 del Estatuto de los Trabajadores, ampliando el ámbito de dicha regla. Ante esta evolución, el Comité declaró la conformidad de la situación con la Carta, aunque esperando aclaraciones complementarias sobre si hay restricciones o excepciones a la regla de salvaguarda de días de vacaciones perdidos por razones de salud o impedimento físico del trabajador.

2.2.4. *Reducción del tiempo de trabajo o aumento de las vacaciones para los trabajadores en riesgo*

25. Como ya se destacó, el apartado 4 del artículo 2 de la Carta se interpreta por el CEDS, según una doble perspectiva: por un lado, considera implícita en él la obligación de los Estados de actuar en el sentido de eliminación de los riesgos inherentes a ocupaciones peligrosas o insalubres; en segundo lugar, extrae de la misma disposición la obligación de los Estados de tomar medidas compensatorias para «los trabajadores que están expuestos a riesgos que no puedan ser o no fuesen todavía eliminados o suficientemente reducidos»⁶⁵, esto es, los llamados riesgos residuales. El apartado 4 del artículo 2 sólo se refiere a dos tipos de medidas compensatorias –la reducción del tiempo de trabajo o la concesión de días adicionales de descanso–, revelando que el objetivo pretendido es el de ofrecer a estos

⁶⁵ *Conclusions XX-3* (2014), Spain, pág. 9

trabajadores «tiempo adecuado y regular para recuperarse del stress y de la fatiga»⁶⁶. Sin embargo, más recientemente, el Comité pasó a admitir que «otras medidas de reducción del tiempo de exposición pueden asegurar la conformidad con la Carta», debiendo ser valoradas «caso a caso»⁶⁷. En lo que toca al primer aspecto, el Comité consideró que la legislación española, particularmente la fundamental Ley 31/1995, de 8 noviembre, de prevención de riesgos laborales, se adecúa a la exigencia de «una descripción de las actividades peligrosas y de las medidas preventivas pertinentes», apareciendo ser conforme con la Carta.

26. En relación con el segundo aspecto, por el contrario, el CEDS mantuvo la posición de considerar insuficientes las informaciones presentadas por las autoridades españolas para que pueda concluirse la conformidad con las exigencias de la disposición en cuestión. Estas informaciones apuntaban a la existencia de un conjunto de Leyes y Reglamentos sobre la materia, señaladamente sobre la identificación y prevención de riesgos específicos (Real Decreto 374/2001, de 6 abril, sobre la exposición a agentes químicos; Real Decreto 1311/2005, de 4 noviembre, sobre exposición a la vibración mecánica; Real Decreto 286/2006, de 10 marzo, sobre la exposición al ruido; Real Decreto 486/2010, de 23 abril, sobre exposición a radiaciones ópticas artificiales), que prevén la posibilidad de reducción de la duración y de la intensidad de las exposiciones. Además de esto, también se identificaron diversos convenios colectivos que prescriben reducciones del tiempo de trabajo en actividades peligrosas. No obstante, el Comité consideró que no disponía de información suficiente para un juicio concluyente. En un primer momento (Conclusiones XX-3, publicadas en 2014), la posición del Comité consistió en una declaración de no conformidad con la Carta, pero, tras haber dado España nuevas informaciones, pasó a ser de mera posposición de una conclusión definitiva (Conclusiones XXI-1, publicadas en 2016),

a reserva de nuevas aclaraciones relativas a algunas cuestiones consideradas en abierto. El CEDS justifica su posición y, simultáneamente, plantea las cuestiones que considera insuficientemente aclaradas, en los siguientes términos: «En primer lugar, la mayoría de los reglamentos (reales decretos) mencionados establecen el principio de limitación de la exposición al riesgo y/o reducción del tiempo de trabajo en términos generales, y no prescriben limitaciones o reducciones específicas. El Comité, por consiguiente, solicita informaciones sobre disposiciones de convenios colectivos que específicamente apliquen los decretos en cuestión y/o sobre de qué otro modo estos se aplican en la práctica, a nivel de empresa en el conjunto del mercado de trabajo español. En segundo lugar, no hay ninguna referencia a la reglamentación relativa al trabajo con amianto y radiaciones ionizantes, por ejemplo. El Comité solicita, por eso, información sobre si y cómo estas y otras actividades peligrosas e insalubres están reguladas. En tercer lugar, el Comité considera que los ejemplos de convenios colectivos suministrados son demasiado fragmentarios y limitados, tanto en términos ocupacionales como geográficos. Solicita, por eso, información adicional y más comprensiva sobre convenios colectivos que establezcan medidas compensatorias en el sentido del artículo 2§4. A este respecto, desea señalar que la retribución incrementada prevista en el Convenio Colectivo para la Construcción no puede considerarse como medida apropiada a efectos del artículo 2§4»⁶⁸.

2.2.5. *El derecho al descanso semanal*

27. La interpretación y el desarrollo del apartado 5 del artículo 2 de la Carta están fijados por el Comité, por lo menos, desde 1998, como se puso de relieve antes⁶⁹. Además del tenor estricto de la disposición, al que se aco-

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Conclusions XXI-1* (2016), Spain, pág. 14.

⁶⁸ *Conclusions XXI-1* (2016), Spain, pág. 15.

⁶⁹ En especial, véase la síntesis contenida en *Conclusions XIV-2*, tomo I, págs. 34-35.

modan sin dificultad las legislaciones de todos los Estados ratificantes, el CEDS considera que «permite el disfrute de descanso en un día diferente del domingo, siempre que el tipo de actividad lo exija o por razones de naturaleza económica», y, por otro lado, que no constituye violación de la Carta un sistema en el que «dos días de descanso se atribuyen tras doce días consecutivos de trabajo», aunque subrayando que «doce días consecutivos de trabajo antes de un período de descanso es el máximo»⁷⁰. El artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores regula la materia. Ante esta norma, el Comité no dejó de recordar que el retraso del descanso semanal «sólo es posible en el marco de excepciones bien definidas y por un período que no puede exceder de doce días de trabajo consecutivo»; por eso, solicitó informaciones sobre el modo por el que el artículo 37.1 se interpreta y aplica, pretendiendo saber sobre todo si, sea cual sea el tipo de trabajo, el trabajador puede prestar servicios doce días consecutivos⁷¹. Entre tanto, reservó su conclusión hasta obtener esas informaciones. Más tarde, y dado que las informaciones recibidas indicaban que los días de descanso acumulados, en caso de retraso por una semana, serían tres (dado que, según el artículo 37.1, el período semanal legal es de un día y medio), y que esos días de descanso recaerían dentro de los catorce días previstos en ese precepto legal, el Comité pudo considerar la situación española en conformidad con el apartado 5 del artículo 2 de la Carta⁷².

28. No podemos, sin embargo, dejar de señalar una cierta incongruencia en la aproximación del Comité, señaladamente en la valoración de la situación de España. En verdad, y como apuntamos antes, la admisibilidad de un período de doce días consecutivos de trabajo (implicando la acumulación de dos períodos de descanso semanal) siempre surgió, en la jurisprudencia del CEDS, como una posibilidad «máxima», admitida solamente «en el marco de excepciones bien definidas». Ahora bien,

ante las informaciones suministradas por España, el Comité se colocó ante situaciones, legalmente permitidas, sobre todo en los sectores del transporte y de la marina mercante, en que «el período de descanso semanal de un día y medio puede ser disfrutado en cualquier momento en un período de cuatro semanas o veintiocho días», lo que, en la práctica, significa que los períodos de descanso semanal pueden acumularse en cuatro semanas, pudiendo ocurrir, así, con normalidad en esos sectores, períodos de más, o incluso de mucho más, de doce días de trabajo consecutivos. En este plano, no está en cuestión la adecuación o incluso la necesidad de la práctica de dichos regímenes en los sectores referidos, pero sí el relativo desajuste que manifiesta la jurisprudencia del Comité al definir parámetros rígidos y generales en la materia. De cualquier modo, la declaración de conformidad, en lo que se refiere al apartado 5 del artículo 2 de la Carta, se ha mantenido, en vista de que el soporte legal fundamental –el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores– tampoco sufrió alteración.

3. EL DERECHO A UNA REMUNERACIÓN JUSTA

3.1. El artículo 4 de la Carta y su interpretación

3.1.1. *El criterio de justicia retributiva*

29. El artículo 4 de la Carta Social Europea es un precepto que tiene la misma redacción, tanto en la versión original de la Carta de 1961 como en la versión revisada de 1996, ambas bajo el título genérico «El derecho a una remuneración justa [*The right to a fair remuneration; Droit à une rémunération équitable*]». De nuevo se suscita la cuestión de la semántica de las palabras usadas en las dos versiones oficiales. La versión francesa sugiere, por sí misma, una idea de justicia salarial más ligada a la igualdad retributiva para trabajos iguales, y al equilibrio de valor entre la prestación de trabajo y su contrapartida

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Cfr. *Conclusions* XIV-2, tomo 2, pág. 757.

⁷² Cfr. *Conclusions* XIX-3 (2010), pág. 213.

económica. La noción de *fairness*, utilizada en la versión inglesa, comporta un significado potencialmente más amplio, pero que puede también asociarse fácilmente al elemento suficiencia, desde el punto de vista de las necesidades de subsistencia del trabajador y su familia. Ahora bien, los diversos apartados del artículo 4 engloban, manifiestamente, las dos perspectivas –equidad y suficiencia– y no sólo una de ellas.

30. Ciertamente, el artículo 4 agrega cinco compromisos concretos, en cinco apartados diferentes: 1) «a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurarles, así como a sus familias, un nivel de vida decente [*to recognise the right of workers to a remuneration such as will give them and their families a decent standard of living; à reconnaître le droit des travailleurs à une rémunération suffisante pour leur assurer, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie décent*]; 2) «a reconocer el derecho de los trabajadores a una tarifa de retribución complementaria para las horas de trabajo extraordinarias, con excepción de ciertos casos particulares [*to recognise the right of workers to an increased rate of remuneration for overtime work, subject to exceptions in particular cases; à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers*]; 3) «a reconocer el derecho de hombres y mujeres a una remuneración igual por un trabajo de valor igual [*to recognise the right of men and women workers to an equal pay for work of equal value; à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale*]; 4) «a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de cesación del empleo [*to recognise the right of all workers to a reasonable period of notice for termination of employment; à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi*]; y 5) «a no autorizar descuentos

en los salarios, a no ser en las condiciones y con los límites prescritos por las leyes o reglamentos, o fijados por convenios colectivos o sentencias arbitrales [*to permit deductions from wages only under conditions and to the extent prescribed by national laws or regulations or fixed by collective agreements or arbitration awards; à n'autoriser des retenues sur les salaires que dans les conditions et limites prescrites par la législation ou la réglementation nationale, ou fixées par des conventions collectives ou des sentences arbitrales*]». De estas formulaciones se desprende que la equidad propiamente dicha se encuentra subyacente en el apartado 3, y los restantes se basan sobre todo en un criterio de suficiencia, o mejor, en la concepción de la retribución del trabajo como un rendimiento destinado a servir de soporte a la subsistencia del trabajador y su familia. La noción de justicia retributiva engloba los dos criterios.

31. El precepto concluye con un apartado, con el cual se pretendió, manifiestamente, atender la situación de aquellos países en donde no existe salario interprofesional mínimo legal (como era, antes de la Carta, y continúa siendo el caso de Italia). Esto muestra que los compromisos establecidos en la Carta implican, esencialmente, obligaciones de resultado. Los medios a través de los cuales se hagan efectivos son prácticamente indiferentes, incluyendo algunos (como los convenios colectivos) que no constituyen, en régimen de libertad sindical (exigido por la Carta), instrumentos de actuación de los Estados ratificantes. Así, en los términos de este apartado final del artículo 4, «el ejercicio de estos derechos debe asegurarse, bien por medio de convenios colectivos libremente celebrados, bien por métodos legales de fijación de salarios, bien por cualquier otro modo apropiado a las condiciones nacionales [*the exercise of these rights shall be achieved by freely concluded collective agreements, by statutory wage-fixing machinery, or by other means appropriate to national conditions; l'exercice de ces droits doit être assuré soit par voie de conventions collectives librement conclues, soit par des méthodes légales de fixation des salaires,*

soit de toute autre manière appropriée aux conditions nationales]».

32. La interpretación de los diversos apartados que componen el artículo 4 de la Carta Social Europea está parcialmente condicionada por criterios interpretativos que tienen el valor de interpretación auténtica⁷³. Se trata, en primer lugar, de los contenidos en la propia Carta Social Europea, o mejor, en su Anexo, aunque con el mismo valor jurídico que la propia Carta⁷⁴, refiriéndose sólo a los derechos mencionados en los apartados 4 y 5 de este artículo; en segundo lugar, se trata de los criterios interpretativos, también susceptibles de ser considerados auténticos⁷⁵, que, como ya hemos observado, se establecen –con carácter general– por el órgano de control de conformidad con la Carta (el Comité Europeo de Derechos Sociales), cuando procede al análisis, caso por caso y periódicamente, del cumplimiento (o, en su caso, del incumplimiento) por los Estados miembros de cada uno de los apartados de cada artículo.

3.1.2. *El derecho a una remuneración suficiente para un nivel de vida decente*

33. Los Estados que hayan aceptado el apartado 1 del artículo 4 de la Carta quedan obligados, recuérdese, «a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente para asegurarles, así como a sus familias, un nivel de vida decente». Este enunciado suscita, al menos, dos problemas interpretativos fundamentales: el de definir «nivel de vida decente», y el de, en conexión con ese concepto, esclarecer el criterio de «suficiencia» de la remuneración.

34. El Comité considera, desde hace mucho tiempo, que un «nivel de vida decente»

debe situarse «claramente por encima de la línea de pobreza en un país»⁷⁶. Más recientemente, efectuó una declaración interpretativa (*statement of interpretation*) desarrollando esa noción de manera que le otorga un valor referencial para la valoración de situaciones concretas: «El Comité entiende que el «nivel de vida decente», que está en el núcleo de esta disposición de la Carta, va más allá de las necesidades básicas meramente materiales, como alimentos, vestido y vivienda, e incluye los recursos necesarios para participar en actividades culturales, educativas y sociales. Por consiguiente, garantizar un nivel de vida decente significa garantizar un salario mínimo (complementado por cualesquiera beneficios adicionales, de ser el caso), cuyo nivel sería suficiente para atender a esas necesidades»⁷⁷. La remuneración «suficiente» no es, pues, según esta opinión, sólo la necesaria para sostener la supervivencia, sino también la necesaria para viabilizar la inclusión social del trabajador y de su familia.

35. Por lo que respecta a la noción de «remuneración suficiente», el Comité reconoció, hace ya cerca de veinte años, que «la evolución en los patrones de ingresos de las familias (...) convirtió en insostenible mantener la exigencia de que un único salario deba asegurar un nivel de vida decente a toda una familia», considerando ahora que la formulación de este apartado del artículo 4 «refleja una concepción obsoleta de las estructuras familiares que no conduce, efectivamente, a la promoción de la igualdad de oportunidades de las mujeres en el mercado de trabajo»⁷⁸. Así, decidió establecer un criterio cuantitativo –de naturaleza, como veremos, no absolutamente rígida– basado en la idea de que «para que una remuneración sea justa, el salario más bajo no debe ser demasiado inferior al salario medio nacional en un país dado»⁷⁹. Concretando más, el Comité estableció un «límite porcen-

⁷³ Véase *supra*, núm. 3.

⁷⁴ La Carta Social Europea afirma, en su articulado, que «el anexo a esta Carta formará parte integral de ella [*the appendix to this Charter shall form an integral part of it; l'annexe à la présente Charte fait partie intégrante de celle-ci*]».

⁷⁵ Cfr. *supra*, nota 1.

⁷⁶ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 51.

⁷⁷ *Conclusions XIX-3* (2010), pág. 9.

⁷⁸ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 50.

⁷⁹ *Ibidem*.

tual por debajo del cual el salario más bajo no debe caer» del que es el 60% del salario medio⁸⁰, subrayando que se supone la suficiencia de esa cifra para garantizar «al trabajador en cuestión –y no a la familia– un nivel de vida decente»⁸¹. Por otro lado, en la aplicación de este criterio, el CEDS tiene en cuenta las cantidades líquidas, o sea, las cifras obtenidas tras la deducción de impuestos y cotizaciones de Seguridad Social, y con la situación del trabajador a tiempo completo. Como dijimos, el criterio no es absolutamente rígido. Si, en un país dado, el nivel del 60% no se alcanza, el Gobierno respectivo puede aún evitar una declaración de no conformidad si «ofrece prueba detallada de que el salario más bajo es suficiente para dar al trabajador un nivel de vida decente»⁸². En casos extremos –como el de ser el salario más bajo inferior a la mitad del salario medio–, y con independencia de otras consideraciones, la conclusión negativa será inevitable⁸³. De todos modos, no parece derivarse de este apartado del artículo 4 ninguna obligación, para los Estados ratificantes, de intervenir directamente en la materia, por vía legislativa o reglamentaria, en el sentido de la fijación de un salario mínimo nacional⁸⁴. Aunque esto fuese cierto, resultaría manifiesto que la efectividad de esta disposición resulta bastante problemática. En los países que integran el Consejo de Europa, además de la fijación de un salario mínimo nacional, los instrumentos disponibles para actuar, en sede de políticas públicas, sobre el nivel general de los salarios, son relativamente escasos. Toda vez que, de conformidad con esta interpretación del CEDS, la aplicación de este apartado debe jugar con remuneraciones líquidas, el recurso fundamental de los Estados ratificantes que

no pretendan crear un salario mínimo nacional consistirá, seguramente, en la modificación de la carga fiscal sobre las remuneraciones más bajas.

3.1.3. *El derecho al incremento remuneratorio por horas extraordinarias*

36. Como ya se dijo, el apartado 2 del artículo 4 se refiere a la remuneración debida por la prestación de trabajo extraordinaria o complementaria. Compromete a los Estados ratificantes a «reconocer el derecho de los trabajadores a una tarifa de remuneración complementaria para las horas de trabajo extraordinarias, con excepción de ciertos casos particulares». En la visión del Comité, «el principio a que se ajusta esta disposición es el de que el trabajo realizado fuera de las horas normales requiere un incremento de esfuerzo por parte del trabajador, el cual, por tanto, debería pagarse con una cifra más alta que la normal», admitiéndose, incluso, que la compensación en dinero se sustituya por el correspondiente tiempo libre⁸⁵. Además de esto, el CEDS consideró también que la prestación de horas extraordinarias o complementarias debe estar regulada⁸⁶; debe estar sujeta a reglas, esto es, no puede dejarse, en lo que toca a la cantidad y a los motivos, al arbitrio del empresario o incluso a la disponibilidad de ambas partes de la relación laboral. En cuanto al resto, la referencia a «ciertos casos particulares» implica una idea de excepcionalidad y de exigencia de justificación, pudiendo excluirse del ámbito de este apartado solamente situaciones como la de los cargos de alta dirección o gestión de las empresas, a las que corresponden salarios suficientemente elevados como para cubrir tiempos de trabajo por encima del normal⁸⁷.

⁸⁰ En una primera solución, el Comité estableció (en *Conclusions V*) el porcentaje del 68% del salario medio, con la perspectiva de un salario para las necesidades familiares. Esta posición se modificó en 1998, en los términos indicados en el texto.

⁸¹ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 51.

⁸² Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 52.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 66.

⁸⁵ Cfr. *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 35. La compensación con tiempo libre debe, así, tener mayor duración que las horas extraordinarias realizadas.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., págs. 73-74.

37. La adopción generalizada de regímenes de flexibilidad del tiempo de trabajo –que el Comité no considera incompatibles con la Carta⁸⁸– condujo al CEDS a adoptar, él mismo, un criterio flexible en cuanto a la aplicación de este apartado. Ciertamente, el cálculo del tiempo de trabajo en promedio en un período de referencia –propio de tales regímenes– lleva a que haya jornadas de trabajo más largas que la normal, pero que no se compensan en otras fases del ciclo con tiempo libre, esto es, por períodos de trabajo más cortos que el normal. En estos casos, la flexibilidad del tiempo de trabajo permite «convertir» en períodos de trabajo normal ciertos períodos que, en un régimen de horario rígido, serían de horas extraordinarias, sin incrementos remuneratorios. El CEDS considera, sin embargo, que «estos arreglos no violan el apartado 2 del artículo 4»⁸⁹. Prudentemente, el Comité prefiere reservarse «la posibilidad de apreciar, caso a caso, los regímenes de organización flexible del tiempo de trabajo», a la luz del referido apartado del artículo 4 de la Carta. Dada la diversidad de estos regímenes y de las modalidades prácticas de su aplicación, éste es un tópico ante el cual, incluso sin explicitarlo, el Comité parece haber dado relevancia decisiva a la existencia de normas (legales o convencionales) que establezcan, con carácter general, el derecho al incremento remuneratorio por horas extraordinarias, con independencia del modo a través del cual este último se defina en dichas normas.

3.1.4. *El derecho a salario igual por un trabajo de valor igual*

38. El apartado 3 del artículo 4 de la Carta Social Europea obliga a los Estados ratificantes, como ya se dijo, «a reconocer el derecho de hombres y mujeres a una remuneración igual por un trabajo de valor igual». Este corolario del principio general de igualdad y no discrimi-

minación en función del sexo se amplió, por el Protocolo Adicional de 1988, a otros varios aspectos de la vida profesional de las personas⁹⁰. En los términos de esta disposición, el compromiso que se asume por un Estado parte tiene por objeto la inscripción clara de la garantía de igualdad en el respectivo ordenamiento jurídico, de modo tal que se aplique a la generalidad de situaciones abarcadas por él. La Carta Social Europea anticipó, así, de algún modo, la formación del *mainstreaming* europeo en materia de igualdad y no discriminación en función del sexo, que acabaría reflejándose, señaladamente, en algunas importantes Directivas de la Unión Europea⁹¹.

⁹⁰ El artículo 1 del Protocolo dispone, a ese respecto, lo siguiente: «Con el objetivo de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación basada en el sexo, las Partes se comprometen a reconocer este derecho y a tomar las medidas apropiadas para asegurar o promover su aplicación, en los siguientes terrenos: –Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; –orientación y formación profesionales, reciclaje, rehabilitación profesional; –condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; –progresión en la carrera, incluida la promoción [With a view to ensuring the effective exercise of the right to equal opportunities and equal treatment in matters of employment and occupation without discrimination on the grounds of sex, the Parties undertake to recognise that right and to take appropriate measures to ensure or promote its application in the following fields: –access to employment, protection against dismissal and occupational resettlement; –vocational guidance, training, retraining and rehabilitation; –terms of employment and working conditions including remuneration; –career development including promotion; En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession sans discrimination fondée sur le sexe, les Parties s'engagent à reconnaître ce droit et à prendre les mesures appropriées pour en assurer ou en promouvoir l'application dans les domaines suivants: –accès à l'emploi, protection contre le licenciement et réinsertion professionnelle; –orientation et formation professionnelles, recyclage, réadaptation professionnelle; –conditions d'emploi et de travail, y compris la rémunération; –déroulement de la carrière, y compris la promotion]».

⁹¹ Por esta razón, sostuvimos en otra sede que, en la actualidad, se trata de un tema con interés bastante limitado, desde el punto de vista comparatista. Cfr. L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., pág. 92.

⁸⁸ Véase *supra*, núm. 7.

⁸⁹ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 35.

39. El principio de igualdad salarial abarca no sólo el concepto tradicional de salario –prestación única, periódicamente realizada–, sino todas las innumerables modalidades de prestaciones retributivas complementarias y accesorias, que la práctica de la negociación colectiva y las políticas salariales de las empresas han venido generando⁹². Por otro lado, esta disposición de la Carta exige la necesidad de una tutela judicial específica. Así, la jurisprudencia del Comité tiene en cuenta la posible existencia de disposiciones de convenios colectivos que contraríen el principio de igualdad salarial, y sugiere que los Estados «introduzcan medidas para impedir a los empresarios aplicar tales cláusulas, como la posibilidad de que un tribunal declare la nulidad por decisión aplicable *erga omnes*, la introducción de un derecho específico de los sindicatos de accionar judicialmente en este terreno, incluido el derecho de intervenir en litigios individuales, o la posibilidad de acción colectiva [*class action*] por parte de personas en cuyo interés se declarase esta nulidad»⁹³. Con otra perspectiva, el CEDS entiende también que es necesario garantizar una protección específica a los trabajadores que deduzcan pretensiones o reclamaciones basadas en el derecho a la igualdad salarial, incluida la hipótesis del despido por este motivo. De conformidad con la jurisprudencia del Comité, «la ley nacional debe determinar la readmisión en estos casos. Cuando esto no sea posible o no sea deseado por el trabajador, puede resultar aceptable una compensación financiera, pero sólo si fuese suficiente para disuadir al empresario y para compensar al trabajador»⁹⁴.

3.1.5. *El derecho a un preaviso razonable en caso de cesación del empleo*

40. Se deriva del apartado 4 del artículo 4 de la Carta que los Estados ratificantes se

obligan «a reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de cesación del empleo». La inserción sistemática de esta disposición en el artículo 4 de la Parte II de la Carta, que trata de las condiciones de «ejercicio efectivo del derecho a una remuneración justa», puede parecer desajustada, por lo menos a quien lea este artículo exclusivamente a la luz de exigencias de equilibrio entre las prestaciones debidas en virtud del contrato de trabajo. Sin embargo, como ya se puso de relieve, la interpretación del artículo 4, en su conjunto, requiere una perspectiva de «justicia» retributiva que integre las exigencias de cobertura de las necesidades de subsistencia del trabajador y su familia –o criterio de la «suficiencia»–, y es a dicha luz cómo, según creemos, la reprobación del cese súbito del empleo debe comprenderse⁹⁵, convirtiéndose en inteligible, así, la inclusión de este apartado en el artículo 4⁹⁶.

41. En el Anexo a la Carta originaria, se establece la interpretación auténtica de este apartado, en respuesta a una cuestión que con naturalidad podría suscitarse a propósito de su texto: la de saber si la exigencia, aparentemente sin matices, de un preaviso razonable debería comprender situaciones que, por su gravedad, justificarían o incluso exigirían la extinción inmediata del contrato de trabajo. La respuesta es clara y natural: «Esta disposición se interpretará de manera que no prohíba un despido inmediato en caso de falta grave [*This provision shall be so understood as not to prohibit immediate dismissal for any serious offence; Cette disposition sera interprétée de manière à ne pas interdire un licenciement immédiat en cas de faute grave*]». Puede deducirse de esta interpretación auténtica que el régimen del despido y las preocupaciones que le son inherentes, en materia de protección del empleo, estuviesen en este punto totalmente fuera del campo de visión de los autores de la Carta ori-

⁹² Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 78.

⁹³ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 91.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 374.

⁹⁵ Véase *supra*, núm. 30.

⁹⁶ Cfr. *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 79.

ginaria⁹⁷. Con esto sólo quiere decirse que esta materia no fue contemplada por la Carta, y que la precisión que consta en el Anexo debe simplemente atribuirse a las necesidades negociadas relativas al apartado 4 del artículo 4.

42. El cumplimiento de esta disposición coloca como punto central la definición de «razonabilidad» de un período de preaviso. Al contrario del procedimiento adoptado en relación con la parametrización de la duración del trabajo «razonable» y de la remuneración «suficiente», el Comité se abstuvo hasta el momento de densificar la noción de «período razonable», realizando la evaluación del cumplimiento de este apartado caso por caso, sin un criterio general previamente fijado. Básicamente, «su abordaje para determinar la conformidad con esta disposición consiste en considerar si un período de preaviso es claramente irrazonable»⁹⁸. Sin embargo, la jurisprudencia del CEDS, por la vía de indicaciones casuísticas, permite contribuir a la construcción de un tal criterio (general) de futuro. Así, por ejemplo, se entendió que trabajadores con más de un año de servicio deben beneficiarse por lo menos de un mes de preaviso⁹⁹, y que no son razonables períodos de preaviso de dos semanas para trabajadores con más de seis meses de servicio, de seis semanas para trabajadores entre once y quince años de servicio, y de dos meses para trabajadores con más de quince años de servicio. La misma apreciación negativa mereció un período de dos semanas en caso de cesación anticipada del contrato de trabajo a plazo¹⁰⁰. La circunstancia de que ciertos regímenes de

extinción del contrato de trabajo implicasen procedimientos más o menos largos, con participación de representantes de los trabajadores y/o de la Administración laboral, no se acoge por el CEDS como argumento válido para legitimar períodos de preaviso cortos o incluso inexistentes, dado que se trata de trámites anteriores a las decisiones de extinguir el contrato¹⁰¹. El Comité entiende, por otro lado, que los períodos de preaviso deben necesariamente fijarse en función del tiempo de servicio –y no, por ejemplo, exclusivamente con base en el período normal de trabajo¹⁰² o en la edad del trabajador¹⁰³–, de tal modo que los trabajadores más antiguos dispongan de más tiempo para prepararse para la pérdida del empleo.

3.1.6. Limitación de deducciones en los salarios

43. Según el tenor del apartado 5 del artículo 4 de la Carta, los Estados ratificantes se obligan «a no autorizar descuentos en los salarios, salvo en las condiciones y con los límites prescritos por las leyes o reglamentos nacionales o fijados por convenios colectivos o sentencias arbitrales». También en este punto, el criterio de «justicia» retributiva se relaciona con la preservación de los valores que sirven de apoyo a la subsistencia del trabajador y su familia, resaltando, aunque indirectamente, la «suficiencia» como noción clave de dicho criterio. Esta percepción está presente en la jurisprudencia del CEDS, a propósito de los regímenes nacionales que protegen contra deducciones ciertas cifras o ciertas fracciones de los salarios: su valoración se basa en comprobar si las cifras remanentes «garantizan la subsistencia del trabajador y sus dependientes»¹⁰⁴. Por otro lado, y al contrario del apartado 2, este artículo no está incluido en el campo de aplicación del artículo 33, en el que, como ya se dijo, basta concretar ciertos derechos consagrados en la Carta, relativos «a la gran mayoría de los trabajadores interesados [*the great majority*]

⁹⁷ Un derecho a protección en caso de cesación del empleo se introdujo por el artículo 24 de la Carta Social Europea Revisada.

⁹⁸ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 274. El Comité aclaró, además: «Esto implica comprobar si el período de preaviso es justo (por ejemplo, si depende del tiempo de servicio del trabajador). Es también relevante la situación prevalente del empleo, toda vez que la protección dada por esta disposición de la Carta gana importancia reforzada en tiempos de desempleo elevado y de reducción de perspectivas de empleo estable en muchos sectores económicos».

⁹⁹ *Conclusions XIV-2*, tomo 2, pág. 684.

¹⁰⁰ Cfr. *Conclusions XIX-3* (2010), págs. 59, 118 y 173.

¹⁰¹ *Conclusions XIV-2*, tomo 1, pág. 398.

¹⁰² *Conclusions XIX-3* (2010), pág. 191.

¹⁰³ Cfr. *Conclusions XII-1*, pág. 106.

¹⁰⁴ Cfr. *Conclusions XI-1*, pág. 76.

of the workers concerned; la grande majorité des travailleurs intéressés]». Ahora bien, el Anexo de la Carta originaria contiene, en relación con este apartado 4 del artículo 4 –pero sólo en cuanto a él–, una regla idéntica: «Se entiende que una Parte contratante puede tomar el compromiso previsto en este apartado si a la gran mayoría de los trabajadores no se les permitiesen descuentos en los salarios, bien por la ley, bien por los convenios colectivos o sentencias arbitrales, constituyendo las únicas excepciones para las personas no cubiertas por estos instrumentos [It is understood that a Contracting Party may give the undertaking required in this paragraph if the great majority of workers are not permitted to suffer deductions from wages either by law or through collective agreements or arbitration awards, the exceptions being those persons not so covered; Il est entendu qu'une Partie contractante peut prendre l'engagement requis dans ce paragraphe si les retenues sur salaires sont interdites pour la grande majorité des travailleurs, soit par la loi, soit par les conventions collectives ou les sentences arbitrales, les seules exceptions étant constituées par les personnes non visées par ces instruments]».

44. La disposición contenida en este apartado del artículo 4 expresa dos propósitos: el de restringir al máximo la reducción de las cifras de las remuneraciones del trabajo como consecuencia de cualesquiera deducciones realizadas por el empresario, y la de admitir sólo deducciones fundadas en mandatos (legales, convencionales o definidos por arbitraje) precisos y superiores en relación con el contrato de trabajo, dentro de límites razonables¹⁰⁵. Por utilizar palabras del Comité: «la finalidad del artículo 4§5 es garantizar, en primer lugar, que sólo sea posible hacer deducciones en los salarios bajo ciertas y bien definidas circunstancias prescritas por un instrumento jurídico (una ley, un reglamento, un convenio colectivo o una decisión arbitral) y, en segundo lugar, garantizar que se establecen límites razona-

bles a tales deducciones»¹⁰⁶. De ello resulta, señaladamente, que no se consideran conformes con la Carta los regímenes legales que permiten deducciones fundadas en el acuerdo con los trabajadores¹⁰⁷, y que las eventuales multas aplicadas a los trabajadores, por razones disciplinarias, deben someterse al régimen general en materia de deducciones al salario¹⁰⁸.

3.2. El cumplimiento del artículo 4 por España

3.2.1. El derecho a una remuneración suficiente para un nivel de vida decente

45. En lo tocante al apartado 1 del artículo 4 de la Carta, el Comité recuerda que ya en el pasado había considerado que el salario mínimo vigente en España era manifiestamente insuficiente, pues estaba lejos de tocar el 60% del salario medio, y que había solicitado información detallada sobre cifras líquidas, tanto del salario mínimo como del salario medio, la cual no fue suministrada. Por lo demás, la cifra del salario mínimo tiende a ganar importancia a partir del momento en que pasó a ser legalmente posible que cesase la vigencia de los convenios colectivos, sin sustitución por otros en los mismos ámbitos, al igual que pasó a atribuirse prioridad a los convenios colectivos a nivel de empresa. Ponderando informaciones diversas, obtenidas a partir del informe del Gobierno y de otras fuentes –señaladamente Eurostat¹⁰⁹, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU¹¹⁰, a las confederaciones sindicales

¹⁰⁶ *Conclusions* XIX-3 (2010), pág. 255.

¹⁰⁷ Cfr., por ejemplo, *Conclusions* XIX-3 (2010), pág. 191.

¹⁰⁸ Cfr. *Conclusions* XIII-2, pág. 267.

¹⁰⁹ Los datos obtenidos del organismo estadístico de la Unión Europea apuntaban, en 2012, a que el salario mínimo vigente en España representaba el 34,70% del salario medio, en valor líquido.

¹¹⁰ El cual, en 2012, constató que el salario mínimo español había sido congelado a un nivel que no permitía un patrón de vida decente, que el 21,80% de la población vivía por debajo de la línea de pobreza, y que el porcentaje de las personas en riesgo de caer en la pobreza había crecido considerablemente debido a la crisis económica y financiera.

¹⁰⁵ *Conditions of employment in the European Social Charter*, cit., pág. 86.

españolas y al Instituto Nacional de Estadística español¹¹¹— el Comité mantiene, acerca del cumplimiento por España de la disposición contenida en el apartado 1 del artículo 4, advertencias que ya se repiten desde la última década del siglo pasado: «recuerda que, para garantizar un nivel de vida digno, en el sentido del apartado 1 del artículo 4 de la Carta de 1961, la remuneración debe ser superior al límite mínimo fijado en el 50% del salario medio neto. Este es el caso en que el salario mínimo neto es superior al 60%. Cuando el salario mínimo neto está entre el 50% y el 60% del salario medio neto, el Estado Parte debe demostrar que el salario proporciona un patrón de vida decente»¹¹². A pesar de la carencia de información precisa, el CEDS constató que, tras las cotizaciones a la Seguridad Social y el impuesto sobre la renta, tanto el salario mínimo interprofesional como la retribución mínima del personal contratado de la función pública estaban por debajo del límite mínimo establecido del 50% del salario medio neto, y son por eso manifiestamente injustos en el sentido del apartado 1 del artículo 4 de la Carta originaria. Teniendo en cuenta la falta de informaciones que permitiesen considerar que hubiese habido modificación de la situación —incluidos datos oficiales acerca de remuneraciones netas—, el Comité concluyó que el marco salarial en España no estaba en conformidad con el apartado 1 del artículo 4 de la Carta de 1961, con fundamento en que el salario mínimo de los trabajadores en el sector privado y de los trabajadores con régimen contractual en el sector público no garantizan un nivel de vida decente.

3.2.2. *El derecho a una remuneración incrementada por horas extraordinarias*

46. A la vista de la regulación que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores efectúa de las horas extraordinarias, y teniendo en cuenta que el artículo 34.1 de la propia norma fija

la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo en «cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual», de ello se deriva que, en puridad, la ley no fija un límite general de duración normal del trabajo diario, sino sólo un límite a la jornada semanal de trabajo. En efecto, el artículo 34.3 establece un límite de nueve horas de trabajo efectivo diario, pero este límite puede ser modificado por convenio colectivo —aunque deban respetarse los descansos diarios. Por consiguiente, se consideran horas extraordinarias las que excedan de las cuarenta horas semanales, en promedio durante el período de un año. Recuérdese que, como señalábamos a propósito del apartado 1 del artículo 2, el Comité considera que un período de referencia general de un año implica no conformidad con la Carta¹¹³.

47. Además de esto, se constata que la ley española —el citado artículo 35.1 del Estatuto— no impone que la remuneración de las horas extraordinarias se incremente en relación a las ordinarias, dejando a la negociación colectiva o al contrato individual la fijación del respectivo régimen retributivo, bajo la única condición de que no se fijen cifras inferiores a las correspondientes al trabajo ordinario. No existe, pues, en el ordenamiento español una regla general e imperativa que determine una remuneración incrementada para las horas extraordinarias. Aun así, el Comité procuró obtener información acerca de las soluciones existentes en la contratación colectiva, así como indicaciones acerca de su grado de generalidad. A través de un informe del Comité Gubernamental, constató que, en 2009 (primer año del período a que se refiere la última evaluación), el 55,90% de todos los convenios colectivos registrados contenían cláusulas fijando una remuneración incrementada para las horas extraordinarias, abarcando sólo el 52% de los trabajadores. Por eso, el Comité concluyó que «el marco legal anteriormente considerado no conforme con la Carta no se modificó», por lo que reiteró su juicio de no conformidad «con fundamento en que el Estatuto de los Trabajadores

¹¹¹ Datos publicados por este organismo revelarían un incremento de la proporción de trabajadores pagados con el salario mínimo del 12,25%, en 2012.

¹¹² *Conclusions XX-3* (2014), Spain, pág. 13.

¹¹³ Cfr. *supra*, núm. 19.

no garantiza la remuneración incrementada o un incremento compensatorio de tiempo libre para las horas extraordinarias»¹¹⁴.

3.2.3. *El derecho a salario igual por un trabajo de valor igual*

48. En relación con la cuestión, considerada fundamental para el CEDS, de la existencia o no, en el ordenamiento jurídico español, de normas imperativas que consagren inequívocamente el principio de igualdad salarial entre los sexos, merecen citarse desde luego los artículos 17 y 28 del Estatuto de los Trabajadores. Así, el artículo 17.1 acoge un principio amplio de no discriminación en el trabajo, incluidas las remuneraciones, y haciendo constar el género en la lista de los factores discriminatorios. A su vez, el artículo 28 aborda específicamente el tema de la igualdad salarial por sexos. De este modo, en lo que respecta a la consagración clara e imperativa de la igualdad salarial entre los sexos en disposiciones de ámbito general, el Comité consideró, como no podía ser de otro modo, que la situación en España está en conformidad con este apartado del artículo 4 de la Carta.

49. Más allá del plano normativo, el CEDS procuró también reunir elementos para una valoración relativa al grado de efectividad del principio de igualdad salarial en función del sexo. Registró, ante todo, que el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, en su artículo 8, apartado 12, califica como «infracciones muy graves» los comportamientos contrarios a lo dispuesto en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores. Al amparo de este régimen, un cierto número de empresas fue, en los últimos años, blanco de acción sancionadora. No obstante, el Comité constató, a través de datos de Eurostat, que como media las mujeres ganan menos del 17,8% que los hombres, mientras que la media europea es del 16,2%¹¹⁵. En

suma, en cuanto a este punto, la conclusión global del Comité es la de que la situación de España está en conformidad con el apartado 3 del artículo 4 de la Carta de 1961.

3.2.4. *Derecho a un período razonable de preaviso en caso de cesación del empleo*

50. En relación con el apartado 4 del artículo 4 de la Carta, el Comité ya había considerado con anterioridad que la situación de España era de no conformidad con la Carta, por las siguientes razones: «los trabajadores con contratos a plazo de menos de un año, que cesan antes del término acordado, no tienen derecho a preaviso; [y] los trabajadores con contratos a plazo de más de un año, que cesan antes del término acordado, tienen derecho a un preaviso de sólo quince días»¹¹⁶. En el nuevo ciclo de control, relativo al período de 1 enero 2009 a 31 diciembre 2012, el Comité fue informado de que la situación legislativa sobre la materia en España había sufrido modificaciones. En efecto, el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores –que trata de las modalidades de extinción del contrato de trabajo– fue modificado, en algunos puntos, por la Ley 3/2012, de 6 julio, con posibles implicaciones en la valoración de la situación a la luz de esta disposición de la Carta. El marco legal resultante de ello –como, también, el anterior– prevé períodos de preaviso variables, de acuerdo con la causa de extinción del contrato, pero no en función del tiempo de servicio de los trabajadores.

51. En relación con los contratos de duración determinada, se mantiene el período de preaviso de quince días solamente para la denuncia de los que tengan duración superior a un año. Fuera de esta situación, no hay exigencia de preaviso para los casos de «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio del contrato» [artículo 49, apartado 1, letra c)]. También para las situaciones de extinción del contrato de trabajo por «muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario (...),

¹¹⁴ *Conclusions* XX-3 (2014), Spain, pág. 14.

¹¹⁵ Cfr. *Conclusions* XX-3 (2014), Spain, pág. 15.

¹¹⁶ *Conclusions* XIX-2 (2010).

o por extinción de la personalidad jurídica del contratante», e incluso para las de finalización del empleo «por causas objetivas legalmente procedentes» [mismo artículo y apartado, letras g) y l)]. Para este último caso, como para los de despido colectivo por cualquier causa, rige el artículo 53, apartado 1, letra c): «Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo». Por otro lado, el artículo 4, apartado 3, de la citada Ley 3/2012 introdujo una nueva figura contractual –el «contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores»–, cuyo régimen es el contenido en la norma general «con la única excepción de la duración del período de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso». Y el artículo 14.2 del Estatuto dispone lo siguiente: «Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto las derivadas de la resolución laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso». Del régimen del período de prueba resulta, pues, plena libertad para cualquiera de las partes de poner fin al contrato en cualquier momento, durante su primer año de vigencia, sin obligación de pagar ninguna compensación o indemnización, ni de la observancia de preaviso. El tipo contractual introducido por la reforma laboral de 2012 se coloca, señaladamente en este punto (duración y régimen del período de prueba), en contradicción con lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 4 de la Carta. Finalmente, el Comité ponderó el hecho de que el artículo 49, apartado 1, letras a) y b), previese formas de extinción del contrato totalmente dependientes de estipulaciones individuales. En la interpretación del CEDS, «el período de preaviso y/o compensación sustitutoria no deberían dejarse a las partes del contrato de trabajo, sino ser regidas por instrumentos jurídicos como la legislación, la jurisprudencia o los convenios colectivos»¹¹⁷.

¹¹⁷ *Conclusions* XX-3 (2014), Spain, pág. 19.

52. Frente a este marco de constataciones, y en concordancia con las directrices anteriormente definidas sobre el cumplimiento de la disposición en cuestión, el Comité declaró la situación de España como no conforme a la Carta originaria, con los siguientes fundamentos:

«–El período de preaviso aplicable a los contratos de trabajo permanentes y a plazo en las siguientes circunstancias no es razonable:

– despido cuando el contrato de trabajo expira o cuando sus objetivos están cumplidos;

– extinción de contratos de trabajo basada en la muerte o jubilación de un empresario que es una persona física o desaparición de un empresario que es una persona colectiva, más allá de tres años de servicio;

– extinción de contratos de trabajo por causas objetivas, más allá de seis meses de servicio.

– Los trabajadores en período de prueba en contratos de apoyo al emprendedor pueden ser despedidos sin preaviso;

– los períodos de preaviso pueden dejarse a la discreción de las partes en un contrato de trabajo».

3.2.5. *Límites a las deducciones en los salarios*

53. La situación existente en España, en lo que toca al respeto de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 4 de la Carta, fue siempre, desde el noveno ciclo de control (1986), considerada en conformidad con dicho precepto. Sin embargo, la evolución legislativa analizada sobre todo a partir de 2010 atrajo de nuevo la atención del Comité hacia ese tópico. Al respecto, el CEDS reiteró su doctrina fundamental: «El Comité subraya que el objetivo del artículo 4, apartado 5, de la Carta de 1961 es asegurar que los trabajadores que disfrutaban de la protección ofrecida por esta disposición no sean privados de sus medios básicos de subsistencia (...). También indica que las leyes o reglamentos

nacionales, acuerdos colectivos o sentencias arbitrales deben definir las razones para las deducciones de los salarios de manera clara y precisa, y la protección debe incluir todas las formas de deducciones»¹¹⁸.

54. La circunstancia de tener que considerarse «todas las formas de deducciones» condujo al Comité a dedicar especial atención a diversas normas de la legislación laboral española cuya aplicación puede redundar, en la práctica, en reducciones del valor pecuniario de las remuneraciones. Es el caso de permitirse el pago de la retribución en especie hasta el 30% del valor total (artículo 26.1 del Estatuto de los Trabajadores), de las deducciones a título de impuestos y de cotizaciones de Seguridad Social (artículo 26.4), del carácter «inembargable» del salario mínimo interprofesional (artículo 27.2) y de la posibilidad de pago de «anticipos a cuenta del trabajo ya realizado» (artículo 29.1). Para poder enjuiciar fundadamente la compatibilidad de estos regímenes, y prácticas consiguientes, con el apartado 5 del artículo 4 de la Carta, el Comité decidió solicitar información actualizada acerca de un vasto conjunto de aspectos relacionados con la exposición de los salarios a eventuales deducciones de diversos tipos: «las condiciones en que se permite a los trabajadores consentir que sus salarios se reduzcan, retengan o atribuyan beneficios al empresario o a terceros; fundamentos adicionales para deducciones en los salarios (cuotas sindicales, ejecución de sentencias judiciales o decisiones administrativas, multas por infracciones penales o disciplinarias (...)), etc. Hasta poder disponer de estos informes, el Comité reserva su conclusión¹¹⁹, lo que significa que no confirma inmediatamente la declaración de conformidad con la Carta que era habitual, en lo tocante a la situación de España sobre esta disposición, desde hace ya cerca de tres décadas.

¹¹⁸ *Conclusions* XX-3 (2014), Spain, pág. 20.

¹¹⁹ *Conclusions* XX-3 (2014), Spain, pág. 20.

4. CONCLUSIÓN

55. El balance relativo a la situación de España, en relación con el cumplimiento de los compromisos contenidos en los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea de 1961, según la valoración hecha por el Comité Europeo de Derechos Sociales en el último ciclo de control cuyos resultados se conocen (2014), puede sintetizarse del modo siguiente:

– *Conformidad* con los apartados 2 (derecho a días festivos), 3 (derecho a vacaciones anuales retribuidas) y 5 (derecho al descanso semanal) del artículo 2, y con el apartado 3 del artículo 4 (derecho a salario igual por un trabajo de valor igual).

– *No conformidad* con el apartado 1 (derecho a una duración razonable de la jornada) del artículo 2, y con los apartados 1 (derecho a una remuneración suficiente para un nivel de vida decente), 2 (derecho a un incremento de la retribución por trabajo en horas extraordinarias) y 4 (derecho a plazo razonable de preaviso en caso de extinción del empleo) del artículo 4.

– *Reserva* dependiente de nuevas informaciones, en cuanto al apartado 4 del artículo 2 (reducción de la jornada de trabajo o aumento de los descansos para trabajadores sujetos a riesgos residuales)¹²⁰, y al apartado 5 del artículo 4 (limitación de las deducciones en los salarios).

Estas valoraciones del Comité podrán ser, parcial o totalmente, reconsideradas, ante el nuevo informe presentado por España en noviembre de 2017, sobre el grupo temático 3, en que se incluyen los artículos 2 y 4. Las conclusiones del CEDS en este nuevo ciclo de control se publicarán en enero de 2019.

¹²⁰ La información ofrecida por el Consejo de Europa se refiere, en este punto, a una situación de no conformidad (véase <<https://rm.coe.int/spain-and-the-european-social-charter/1680492969>>), pero se trata de un error: la valoración más reciente consta en las *Conclusions* XXI-1 (2016), págs. 144-145, en el sentido de que los informes puestos a disposición por España sobre este punto son insuficientes para apoyar una conclusión, por lo que se pospone la posición del CEDS para más tarde.

RESUMEN

La ratificación tanto de la Carta Social Europea originaria (de 1961) como del Protocolo adicional de 1988 fue hecha, por España, aceptando todos los artículos sin ninguna reserva, aunque con declaración referente a la interpretación de los artículos 5 y 6 de conformidad con la Constitución Española. De entre los diecinueve derechos sociales proclamados en la Carta Social Europea (a que corresponden los artículos 1 a 19 de la Parte II), los derechos sobre los que versan los artículos 2 y 4 –tema de nuestro trabajo– tienen la relevante particularidad de constituir dos de los pilares en que se asienta el contenido básico de las relaciones de trabajo subordinado. En efecto, estos artículos se refieren a los dos elementos entre los que se establece el equilibrio contractual de los intereses confrontados en las relaciones de trabajo: por un lado, el tiempo de trabajo –que delimita tanto la subordinación jurídica y la consiguiente cantidad de trabajo a realizarse por el trabajador, como el tiempo de descanso y reposo–, y por otro lado, la retribución –que consustancia la contrapartida económica a cargo del empresario. Los dos componentes del objeto del contrato de trabajo –tiempo de trabajo, retribución– son tratados, en los referidos artículos de la Carta Social Europea, con un criterio normativo común, asentado en la idea de «justicia». La «justicia» o «equidad» que aquí están en cuestión no se refieren, sin embargo, al equilibrio «subjetivo» de las prestaciones, esto es, a la idea de «equivalencia» de los sacrificios y de las satisfacciones obtenidos por los contratantes, ni al equilibrio «objetivo» de las mismas prestaciones, traducido en el valor económico atribuible a cada una de ellas. El criterio de «justicia» adoptado en la Carta, con relación a los términos de intercambio por el contrato de trabajo, tiene un sentido unidireccional: se refiere, específicamente, al «tratamiento» que, en el contexto de las relaciones de trabajo, debe darse a aquél que presta el trabajo, le dedica parte importante de su existencia y encuentra en él la base de subsistencia personal y familiar, y que es la persona del trabajador. Y por ser ése el criterio fundamental, que establece una conexión fuerte entre los derechos de quien trabaja y los «derechos humanos» en general, no dejará de ser sorprendente el hecho que la propia Carta no reconozca a estos artículos la preeminencia que esas características reclamarían. En efecto, el artículo 20 no incluye los artículos 2 y 4 en el abanico de aquellos siete artículos de relieve primordial, entre los cuales resulta obligatoria la aceptación de, por lo menos, cinco.

La promoción, en la Carta, de condiciones de trabajo y de remuneraciones «equitativas» (por utilizar el término que adoptó en la versión española de la Carta) se dirige a las «partes contratantes», esto es, a los Estados miembros del Consejo de Europa que ratifiquen los citados artículos 2 y 4. Sus destinatarios de primera línea son, claramente, los legisladores nacionales: la Carta define aquí un verdadero programa legislativo, aunque en términos vagos que concede amplio espacio a la política legislativa propia de cada Estado. No obstante, como se sabe, la jurisprudencia del Comité Europeo de los Derechos Sociales (CEDS) ha venido apropiándose de una parte, aunque bastante discreta, de ese espacio, ofreciendo parámetros concretos para, a través de una densificación de los derechos consagrados en el texto de la Carta por los legisladores nacionales, alcanzarse una progresiva armonización del modo en que se entiende y se aplica en el espacio jurídico del Consejo de Europa. Desde el punto de vista formal, es evidente que esos criterios interpretativos –establecidos por el órgano de control del cumplimiento por los Estados de la Carta– no forman parte integrante de la Carta Social Europea, pero se explicitan, con carácter general, en el inicio de cada volumen correspondiente a las «Conclusiones» elaboradas por el Comité y, en el plano jurídico, se entienden como desarrollos declarativos del contenido de la Carta. Por otro lado, no se trata de criterios rígidos o inmutables; la preocupación del ajuste a la diversidad de las situaciones nacionales y a la evolución

de las circunstancias explica que –como veremos más adelante–, a veces, se manifieste alguna variación y hasta aparente inconsistencia en la aplicación de tales criterios.

En el presente trabajo, bajo las recién mencionadas premisas metodológicas y conceptuales, se han analizado, sucesivamente, los artículos 2 y 4, estructurando el tratamiento de cada uno de ellos en dos partes. La primera, con la intención de evidenciar el sentido regulador que resulta de los propios textos, y de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. La segunda, para abordar el modo en que se estableció la conexión entre el ordenamiento jurídico español y esos mismos contenidos reguladores o, en otras palabras, el punto en que se encuentra el cumplimiento de los compromisos asumidos por España a través de la ratificación de la Carta Social Europea de 1961, y de la aceptación, sin reservas, de los dos mencionados artículos. Dado que nuestro campo de observación se limita a los artículos 2 y 4, tomamos como base las Conclusiones más recientes del Comité Europeo de Derechos Sociales, publicadas en 2014 y referentes al período de 1 de enero de 2009 a 31 de diciembre de 2012, en la parte relativa a España.

El balance relativo a la situación de España, en relación con el cumplimiento de los compromisos contenidos en los artículos 2 y 4 de la Carta Social Europea de 1961, según la valoración hecha por el Comité Europeo de Derechos Sociales en el último ciclo de control cuyos resultados se conocen (2014), puede sintetizarse del modo siguiente:

– *Conformidad* con los apartados 2 (derecho a días festivos), 3 (derecho a vacaciones anuales retribuidas) y 5 (derecho al descanso semanal) del artículo 2, y con el apartado 3 del artículo 4 (derecho a salario igual por un trabajo de valor igual).

– *No conformidad* con el apartado 1 (derecho a una duración razonable de la jornada) del artículo 2, y con los apartados 1 (derecho a una remuneración suficiente para un nivel de vida decente), 2 (derecho a un incremento de la retribución por trabajo en horas extraordinarias) y 4 (derecho a plazo razonable de preaviso en caso de extinción del empleo) del artículo 4.

– *Reserva* dependiente de nuevas informaciones, en cuanto al apartado 4 del artículo 2 (reducción de la jornada de trabajo o aumento de los descansos para trabajadores sujetos a riesgos residuales), y al apartado 5 del artículo 4 (limitación de las deducciones en los salarios).

Palabras clave: Carta Social Europea; Control del cumplimiento; España; Salarios; Tiempo de trabajo.

ABSTRACT

The ratification of both the original European Social Charter (of 1961) and the 1988 Additional Protocol was made by Spain, accepting all the articles without any reservation, although with a declaration regarding the interpretation of articles 5 and 6 in accordance with the Spanish Constitution. Among the nineteen social rights proclaimed in the primitive European Social Charter (to which articles 1 to 19 of Part II correspond), the rights referred to in articles 2 and 4 –the subject of our work– have the relevant peculiarity of constituting two of the pillars on which the basic content of subordinate work relationships is based. In fact, these articles refer to the two elements between which the contractual balance of the interests confronted in labour relations is established: on the one hand, working time –which delimits both legal subordination and the consequent amount of work to be carried out by the worker, as well as the time of rest– and on the other hand the wages –which constitute the economic counterpart in charge of the employer. The two components of the object of the employment contract –working time, wages– are treated, in the aforementioned articles of the European Social Charter, with a common normative criterion, based on the idea of «justice». The «justice» or «equity» that is at issue here does not refer, however, to the «subjective» balance of benefits, that is, to the idea of «equivalence» of the sacrifices and satisfactions obtained by the contracting parties, nor to the «objective» balance of the same benefits, translated into the economic value attributable to each one of them. The criterion of «justice» adopted in the Charter, with regard to the terms of exchange by the employment contract, has an unidirectional meaning: it refers, specifically, to the «treatment» that, in the context of labour relations, must be given to the one who performs the work, dedicates to it an important part of her existence, and finds in it the basis of personal and family subsistence, and that is the person of the worker. And since that is the fundamental criterion, which establishes a strong connection between the rights of those who work and «human rights» in general, it is surprising that the Charter itself does not recognize these articles with the pre-eminence that these characteristics should impose. Indeed, article 20 does not include articles 2 and 4 in the range of those seven articles of supreme importance, among which the acceptance of at least five is mandatory.

In the Charter, the promotion of «equitable» (to use the term adopted in the Spanish version of the Charter) conditions of work and wages is addressed to the «contracting parties», that is, to the member States of the Council of Europe that ratify the aforementioned articles 2 and 4. Its first-line recipients are, clearly, the national legislators: the Charter defines a true legislative program here, although in vague terms that grant ample space to the legislative policy of each State. However, the jurisprudence of the European Committee of Social Rights (ECSR) has been appropriating a part, although quite discreet, of this space, offering concrete parameters for achieving a progressive harmonization of the way it is understood and applied in the legal area of the Council of Europe, through a densification of the rights enshrined in the text of the Charter by national legislators. From a formal point of view, it is obvious that these interpretive criteria –established by the body in charge of compliance control– do not form a part of the European Social Charter, but are made explicit, in general, at the beginning of each volume corresponding to the «Conclusions» prepared by the Committee and, in legal terms, are understood as declarative developments of the contents of the Charter. On the other hand, these are not rigid or immutable criteria; the concern for adjusting to the diversity of national situations and to the evolution of circumstances explains some variations and even apparent inconsistencies in the application of such criteria.

In the present work, under the aforementioned methodological and conceptual premises, articles 2 and 4 have been analysed sequentially, structuring the treatment of each of them in two parts. The first, with the purpose of showing the regulatory sense that flows from the texts themselves, and from the jurisprudence of the European Committee of Social Rights. The second, to address the way in which the connection between the Spanish legal

system and those same regulatory contents was established or, in other words, the degree of compliance with the commitments assumed by Spain, through the ratification of the European Social Charter of 1961 and the acceptance, without reservations, of the two mentioned articles. As our field of observation is limited to articles 2 and 4, we take as a basis the most recent conclusions of the European Committee of Social Rights, published in 2014 and referring to the period from January 1, 2009 to December 31, 2012, in the part regarding the situation in Spain.

The balance of the situation in Spain, in relation to the fulfilment of the commitments contained in articles 2 and 4 of the European Social Charter of 1961, according to the assessment made by the European Committee of Social Rights in the last control cycle whose results are known (2014), can be summarized as follows:

- *Conformity* with sections 2 (right to holidays), 3 (right to paid annual holidays) and 5 (right to weekly rest) of article 2, and with paragraph 3 of article 4 (right to equal salary for a job of equal value).
- *Non conformity* with section 1 (right to a reasonable duration of the working day) of article 2, and with sections 1 (right to a sufficient remuneration for a decent standard of living), 2 (right to an increase in remuneration for work in overtime) and 4 (right to a reasonable period of notice in case of termination of employment) of article 4.
- *Reservations*, pending reception of additional information, related to section 4 of article 2 (reduction of working hours or increase of breaks for workers subject to residual risks), and paragraph 5 of article 4 (limitation of deductions in wages).

Keywords: European Social Charter; Compliance control; Spain; Wages; Working time.

Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho español*

Articles 5 and 6 of the European Social Charter before Spanish Law

ALBERTO ARUFE VARELA**

1. INTRODUCCIÓN

1. Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea –que son dos preceptos estrechamente interconectados– tratan, respectivamente, de «la libertad sindical [*The right to organise, Droit syndical*]» y de «el derecho a negociar colectivamente [*The right to bargain collectively, Droit de négociation collective*]». Se encuentran en vigor en España desde el día 5 junio 1980, que fue la fecha de entrada en vigor del Instrumento de Ratificación de 29 abril 1980, de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 octubre 1961. Como ya se ha puesto de relieve hasta la saciedad entre nosotros, el *Boletín Oficial del Estado* sólo publicó una versión «oficiosa» en lengua castellana del texto de la Carta Social Europea de 1961, pero no la versión oficial del texto en cuestión (esto es, las versiones oficiales del mismo en inglés o francés), únicas dos lenguas oficiales del Consejo de Europa¹. Se trata, siempre

en lo que se refiere a los artículos 5 y 6, de una versión «oficiosa» castellana que no me convence del todo (por ejemplo, yo nunca traduciría «*the right to organise*» o «*Droit syndical*» ni como «derecho a organizarse» ni como «Derecho sindical», que es lo que hace la versión castellana publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, sino como «libertad sindical»), lo que explica que de ahora en adelante opte por mi propia traducción, asimismo oficiosa, del texto oficial en inglés. Como también se ha puesto de relieve hasta la saciedad, España no ha ratificado aún la versión revisada de la Carta Social Europea de 1996², lo que no afecta al tenor de los dos concretos preceptos a que se refiere este trabajo, los cuales mantienen incólume no sólo su tenor, sino también su numeración, en dicha versión revisada de la Carta Social Europea. En realidad, ambos preceptos vienen a constituir un compendio regulador de lo que doctrinalmente conocemos con el nombre de Derecho colectivo del Trabajo³. En efecto, el artículo 5 trata de la libertad sindical positiva a todos los niveles («Con vistas a garantizar o promover la libertad de los trabajadores y empresarios de constituir organizaciones locales, nacionales o internacionales

* Trabajo realizado al amparo del proyecto estatal de investigación DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Catedrático acreditado de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña.

¹ Al respecto, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 24-25; y F. VÁZQUEZ VÁZQUEZ, *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Atelier (Barcelona, 2018), págs. 24 y ss.

² Por todos, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 24 y ss.

³ Analizándolos desde esta perspectiva, véase A. PARDELL VEA, *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Bosch (Barcelona, 1989), págs. 22 y ss.

para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no altere esa libertad, ni se aplique de manera que pueda alterarla [*With a view to ensuring or promoting the freedom of workers and employers to form local, national or international organisations for the protection of their economic and social interests and to join those organisations, the Contracting Parties undertake that national law shall not be such as to impair; nor shall it be so applied as to impair; this freedom*]⁴, de la aplicación de la libertad sindical a la policía («La extensión con que las garantías previstas en este artículo se aplique a la policía, será determinada por las leyes y los reglamentos nacionales [*The extent to which the guarantees provided for in this article shall apply to the police shall be determined by national laws or regulations*]⁵), así como de una eventual aplicación de la libertad sindical a los miembros de las fuerzas armadas («El principio que rija la aplicación estas garantías a los miembros de las fuerzas armadas, y la extensión con que se apliquen a las personas de esta categoría, serán determinados igualmente por las leyes y los reglamentos nacionales [*The principle governing the application to the members of the armed forces of these guarantees and the extent to which they shall apply to persons in this category shall equally be determined by national laws or regulations*]⁶). Por su parte, el artículo 6 trata del diálogo social («promover la consulta conjunta entre trabajadores y empresarios [*to promote joint consultation between workers and employers*]⁷), de la negociación de convenios colectivos («promover, cuando sea necesario y apropiado, mecanismos de negociación voluntaria entre empresarios u organizaciones de empresarios y organizaciones de trabajadores, con el objetivo de regular los términos y condiciones de empleo por medio de convenios colectivos [*to promote, where necessary and appropriate, machinery for voluntary negotiations between em-*

ployers or employers' organisations and workers' organisations, with a view to the regulation of terms and conditions of employment by means of collective agreements]⁸), de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos colectivos («promover el establecimiento y uso de instrumentos adecuados de conciliación y arbitraje voluntario para la solución de conflictos laborales [*to promote the establishment and use of appropriate machinery for conciliation and voluntary arbitration for the settlement of labour disputes*]⁹ y, por último, del derecho de huelga y del derecho a adoptar otras medidas (también patronales) de conflicto colectivo («el derecho de los trabajadores y de los empresarios a la acción colectiva en casos de conflictos de interés, incluyendo el derecho a la huelga, sujeto a las obligaciones que puedan derivarse de los convenios colectivos previamente celebrados [*the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into*]¹⁰). Dado que se trata de preceptos a calificar como de amplio espectro, no extraña su impacto en otros de la propia Carta Social Europea, como no ha tenido más remedio que reconocer el órgano de control de cumplimiento de la misma (esto es, el Comité Europeo de Derechos Sociales)¹¹.

2. A efectos de su interpretación, resulta clave el denominado «Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [*Digest of the case law of the European Committee of Social Rights*]¹², localizable –al igual que todos los materiales oficiales relativos a la Carta Social Europea– en el

⁸ Núm. 2.

⁹ Núm. 3.

¹⁰ Núm. 4.

¹¹ Acerca de este órgano y su historia, por todos, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 71 y ss.

¹² Con útiles reflexiones sobre él, véase F. VÁZQUEZ VÁZQUEZ, *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, cit., págs. 28 y ss.

⁴ Inciso primero.

⁵ Inciso segundo.

⁶ Inciso tercero.

⁷ Núm. 1.

utilísimo portal en Internet del Consejo de Europa¹³, aunque se trate de un material que ha quedado –por razón de su fecha– un poco anticuado. En principio, los otros preceptos de la Carta Social Europea sobre los que sus artículos 5 y 6 han impactado expresamente son los tres siguientes. En primer lugar, el artículo 19, allí donde afirma –a propósito de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva– que «las Partes Contratantes se comprometen ... a asegurar a dichos trabajadores [esto es, los migrantes] que se encuentren lícitamente en sus territorios, en la medida en que tales materias se regulen por ley o reglamento o estén sujetas al control de autoridades administrativas, un trato no menos favorable que el de sus propios nacionales con respecto a la ... afiliación a sindicatos y el disfrute de las mejoras de la negociación colectiva [the Contracting Parties undertake ... to secure for such workers lawfully within their territories, insofar as such matters are regulated by law or regulations or are subject to the control of administrative authorities, treatment not less favourable than that of their own nationals in respect of the ... membership of trade unions and enjoyment of the benefits of collective bargaining]»¹⁴. En segundo lugar, el artículo 22 de la Carta Social Europea revisada (esto es, respecto de España, el artículo 3 del Protocolo Adicional de 1988), allí donde se refiere –a propósito del derecho de negociación colectiva– a «asegurar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a tomar parte en la determinación y la mejora de las condiciones de trabajo [to ensuring the effective exercise of the right of workers to take part in the determination and improvement of the working conditions]»¹⁵, afirmando el citado «Digesto» sobre este impacto que «para los Estados que han ratificado tanto el artículo 6, apartado 1, como el artículo 22 [en el caso de España, el citado artículo 3 del Protocolo Adicional de 1988], la consulta a nivel

de empresa se examina al amparo del artículo 22 [for the States which have ratified both Article 6§1 and Article 22, consultation at enterprise level is examined under Article 22]»¹⁶. En tercer lugar, el «Apéndice [Appendix]» de la propia Carta, donde se afirma –a propósito del derecho de huelga– que «se entiende que cada Parte Contratante, en la medida en que esté interesada, puede regular por ley el ejercicio del derecho de huelga, supuesto que toda restricción adicional que esto pudiera ocasionar al derecho pueda estar justificada en virtud de los términos del artículo 31 [it is understood that each Contracting Party may, insofar as it is concerned, regulate the exercise of the right to strike by law, provided that any further restriction that this might place on the right can be justified under the terms of Article 31]»¹⁷.

3. En el citado «Digesto», aparecen citadas –a propósito siempre de los artículos 5 y 6 de la Carta– no solamente «Conclusiones [Conclusions]», sino también «Decisiones [Decisions]», lo que no extraña, pues la «jurisprudencia» del Comité Europeo de Derechos Sociales es una y la misma, ya se establezca por la vía del procedimiento de control de informes gubernamentales, ya por la vía del procedimiento de examen de quejas colectivas¹⁸. Las «Conclusiones» ascienden a un total de dieciocho (comprendidas entre los años 1969¹⁹ y 2006²⁰), mientras que las «Decisiones» se refieren a cinco casos (fallados en los años 2002²¹, 2003²²,

¹⁶ Cfr. pág. 53.

¹⁷ Sobre el valor jurídico del Anexo en cuestión, véase el artículo 38 de la Carta.

¹⁸ Acerca de estos dos procedimientos de control, por todos, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 69 y ss.

¹⁹ Cfr. «Conclusions I», publicadas el 31 mayo 1969.

²⁰ Cfr. «Conclusions XVIII-1», publicadas el 30 octubre 2016.

²¹ *European Council of Police Trade Unions (CESP) v. Portugal, Complaint No. 11/2001*, Decisión sobre el fondo 21 mayo 2002.

²² *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden, Complaint No. 12/2002*, Decisión sobre el fondo de 15 mayo 2003.

¹³ Ubicado en www.coe.int.

¹⁴ Núm. 4.

¹⁵ Párrafo primero.

2004²³, 2005²⁴ y 2006²⁵). Ahora bien, lo que verdaderamente extraña es que en dicho «Digesto» no aparezca citada ni una sola decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La extrañeza es consecuencia del hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (asimismo publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, prescindiendo de nuevo de las dos versiones oficiales redactadas por el Consejo de Europa)²⁶ regula expresamente —al igual que la Carta Social Europea— la libertad sindical, afirmando en su artículo 11 que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación con otros, incluido el derecho de fundar y de afiliarse a sindicatos para la protección de sus intereses [*everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests*]²⁷, teniendo en cuenta que «no se pondrán restricciones al ejercicio de estos derechos, distintas de las que sean prescritas por la ley y resulten necesarias, en una sociedad democrática, para los intereses de la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención del desorden o del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos [*no restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others*]²⁸, y que «este

artículo no impedirá la imposición de restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado [*this Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State*]²⁹. A este respecto, sobre la base de que el Tribunal de Estrasburgo es un órgano de control virtualmente omnipotente (especialmente, si comparado con los limitados poderes que ostenta el Comité Europeo de Derechos Sociales, a efectos de hacer cumplir sus «conclusiones» y «decisiones»³⁰, mi conjetura es la de que el órgano de control de la Carta Social Europea no quiere verse atado por una jurisprudencia, aunque tenga auténtica naturaleza «social», cuya elaboración queda totalmente fuera de su radio de influencia (por lo demás, la misma conjetura podría aplicarse *mutatis mutandis* al Tribunal de Justicia de la Unión Europea)³¹.

4. En el plano *ad extra*, estas tensiones entre los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, de un lado, y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del otro, se reflejan en el impacto que han tenido los dos primeros preceptos, en cuanto que fuente inspiradora de sus equivalentes en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³². En cuanto al artículo 5, su impacto cabe calificarlo de nulo sobre el artículo 12 de la Carta de los Derechos Fundamentales

²⁹ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁰ Extrayendo consecuencias de la comparación, véase J.-P. MARGUÉNAUD y J. MOULY, «Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique», *Droit Social*, núm. 4 (2013), págs. 339 y ss.

³¹ Al respecto, véase J. MARÍN y PÉREZ DE NANCLARES, «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: Algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», en el vol. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2013), págs. 161 y ss.

³² Sobre ella, fundamental, véase L.E. DE LA VILLA GIL, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 32 (2001), págs. 13 y ss.

²³ *Confédération française de l'Encadrement – «CFE-CGT» v. France*, Complaint No. 16/2003, Decisión sobre el fondo de 12 octubre 2004.

²⁴ *Centrale générale des services publics (CGSP) v. Belgium*, Complaint No. 25/2004, Decisión sobre el fondo de 9 mayo 2005.

²⁵ *Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria (CITUB), Confederation of Labour «Prodkrepa» and European Trade Union Confederation (CES) v. Bulgaria*, Complaint No. 32/2005, Decisión sobre el fondo de 16 octubre 2006.

²⁶ Cfr. *Boletín Oficial del Estado* de 10 octubre 1979.

²⁷ Apartado 1.

²⁸ Apartado 2, inciso primero.

de la Unión Europea, allí donde afirma que «toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otras sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses»³³, pues las «explicaciones» relativas a este último precepto³⁴ sólo mencionan la influencia en él del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (literalmente, «las disposiciones del apartado 1 de este artículo corresponden a lo dispuesto en el artículo 11 del CEDH»³⁵, aunque «su ámbito de aplicación es más amplio dado que pueden aplicarse a todos los niveles, incluido el europeo»³⁶, y teniendo en cuenta que «conforme al apartado 3 del artículo 52 de la Carta, las limitaciones a este derecho no pueden sobrepasar las que el apartado 2 del artículo 11 del CEDH considera que pueden ser legítimas»³⁷). En cambio, el impacto del artículo 6 sobre el artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (precepto rotulado «Derecho de negociación y acción colectiva») es frontal, afirmando ahora las «explicaciones» correspondientes al mismo que «este artículo se basa en el artículo 6 de la Carta Social Europea, así como en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (puntos 12 a 14)»³⁸, pero añadiendo el importantísimo matiz –que de algún modo rebaja la frontalidad de dicho impacto– de que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció el derecho a la acción colectiva como uno de los elementos del derecho de sindicación establecido en el artículo 11 del CEDH»³⁹.

5. Respecto de España, dado que nuestro país no ha ratificado ni el «Protocolo de Modificación [*Amending Protocol*]» de 1991, ni el «Protocolo Adicional a la Carta Social Europea estableciendo un sistema de quejas colectivas [*Additional Protocol to the European Social Charter providing for a system of collective complaints*]» de 1995, ni tampoco la Carta Social Europea revisada de 1996⁴⁰, no queda más remedio que concluir que el *pendant* procedimental de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea de 1961 siguen siendo los artículos 21 a 29 de esa versión originaria de la Carta. Estos preceptos regulan el procedimiento tradicional del control del cumplimiento por los Estados de los preceptos de la Carta Social Europea, llamado «procedimiento de examen de informes [*procedure for examination of reports*]», que precipita –tras el examen en cuestión– en las correspondientes «conclusiones» adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. En la actualidad, todos los detalles procedimentales del asunto aparecen contenidos en un Reglamento llamado «Reglas [*Rules*] del Comité Europeo de Derechos Sociales» de 29 marzo 2004, que viene padeciendo sucesivas puestas al día (más en concreto, en 12 mayo 2005, 20 febrero 2009, 10 mayo 2011, 28 junio 2011, 12 septiembre 2013, 6 diciembre 2013, 9 septiembre 2014, 6 julio 2016 y 26 enero 2018)⁴¹, poseyendo este Reglamento–como se ha puesto de relieve doctrinalmente– la peculiaridad de que su «desarrollo de los preceptos sobre el procedimiento de examen de los informes es común a la versión originaria de la Carta Social Europea, al Protocolo Adicional de 1988 y al Protocolo de Modificación de 1991»⁴².

³³ Apartado 1.

³⁴ Contextualizando las «explicaciones» en cuestión, véase I. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias y jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 12 (2007), págs. 225 y ss.

³⁵ Cfr. apartado 1, párrafo primero.

³⁶ *Ibidem*, párrafo último, inciso primero.

³⁷ *Ibidem*, inciso segundo.

³⁸ Inciso primero.

³⁹ Inciso segundo.

⁴⁰ Respecto de todo ello, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 24 y ss.

⁴¹ Puede manejarse su texto, en versión consolidada, en el sitio en Internet del Consejo de Europa, ubicado en www.coe.int (más en concreto, en <https://rm.coe.int/rules-of-the-european-committee-of-social-rights-rev-2-bil/1680788a3d>).

⁴² Véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de*

2. PRECISIONES METODOLÓGICAS COMUNES

6. Lógicamente, el material clave para calibrar el cumplimiento o no por España de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea son las «conclusiones» específicamente elaboradas para nuestro país por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, siguiendo los trámites procedimentales a que acabo de aludir (esto es, los del «procedimiento de examen de informes» gubernamentales), cuya periodicidad siempre ha sido idéntica. Desde un punto de vista cuantitativo, el material jurídico a analizar abruma, de un lado, porque está integrado por veinticuatro «conclusiones» (doce correspondientes al artículo 5, y otras doce al artículo 6) de periodicidad tendencialmente bienal, hasta el año 2006 (más en concreto, correspondientes a los años 1984, 1986, 1988, 1990, 1992, 1993, 1995, 1998, 2000, 2003, 2005 y 2006); y de otro lado, una vez aplicado el vigente «Calendario del Sistema de Informes [*Calendar of the Reporting System*]» de 2006 –de acuerdo con el cual «cada disposición de la Carta es objeto de informe una vez cada cuatro años [*once every four years*]»⁴³–, porque a esas veinticuatro «conclusiones» habría que añadir otras cuatro más (de nuevo, dos relativas al artículo 5, y otras dos al artículo 6), correspondientes ahora a los años 2006 y 2010. De ahí que haya tenido que autoimponerme la aplicación de unas pautas metodológicas comunes a ambos preceptos, separando el trigo de la paja (no todas las «conclusiones» citadas poseen el mismo valor doctrinal), que me llevó a clasificarlas en tres apartados perfectamente diferenciados, de los que sólo trataré *in extenso* uno de ellos (el relativo, como se verá, a las «conclusiones» de incumplimiento de los dos concretos preceptos de la Carta aquí objeto de análisis).

los ordenamientos laborales portugués, español e italiano, cit., pág. 70.

⁴³ Sobre el tema, por todos, *ibidem*, págs. 74 y ss.

7. El primer grupo –que es el primero que salta a la palestra, cuando el Comité Europeo de Derechos Sociales comienza a evaluar a España– está integrado por las «conclusiones» en las que dicho Comité aplaza, respecto de España, su juicio sobre el cumplimiento o no por nuestro país del contenido de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea. Acerca del artículo 5, ése es el sentido de sus «conclusiones» de 1984 (literalmente, «aunque apreció la información relativa a los sectores industrial y comercial, el Comité tenía que posponer su valoración sobre la aplicación en su conjunto del artículo 5, al deberse la información adicional requerida con respecto al sector público [*although it appreciated the information concerning the industrial and the commercial sectors, the Committee had to adjourn its assessment of the overall application of Article 5 owing to the additional information requested with respect to the public sector*]»)⁴⁴, habiéndose pospuesto luego asimismo este juicio valorativo sobre la conformidad o no con el artículo 5 de la Carta, en las «conclusiones» correspondientes a 1986⁴⁵, 2005⁴⁶ y 2006⁴⁷. Respecto del artículo 6, hay que tener en cuenta que las «conclusiones» se distribuyen en cuatro apartados distintos, coincidentes con cada uno de los cuatro apartados del precepto valorado, resultando que en las «conclusiones» de 1984 constan tres juicios de posposición (relativos a los apartados 1⁴⁸, 2⁴⁹ y 4⁵⁰), habiéndose repetido este mismo tipo de valoración en las «conclusiones» correspondientes a 1986 y 1998 (en relación con el apartado 2)⁵¹, así como en las

⁴⁴ Cfr. «*Conclusions VIII – Spain*», publicadas el 31 enero 1984, párrafo último.

⁴⁵ Cfr. «*Conclusions IX-2 – Spain*», publicadas el 31 diciembre 1986, párrafo último.

⁴⁶ Cfr. «*Conclusions XVII-1 – Spain*», publicadas el 28 febrero 2005, párrafo último.

⁴⁷ Cfr. «*Conclusions XVIII-1 – Spain*», publicadas el 30 octubre 2006, párrafo último.

⁴⁸ Cfr. «*Conclusions VIII – Spain*», publicadas el 31 enero 1984, párrafo último.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Cfr. «*Conclusions IX – Spain*», publicadas el 31 diciembre 1986 (párrafo último), y Cfr. «*Conclusions XIV-1 – Spain*», pu-

relativas a 2000 y 2003 (en relación ahora con el apartado 4)⁵².

8. El segundo grupo –que es el más numeroso, cuantitativamente hablando– está integrado por las «conclusiones» de cumplimiento (o según la jerga empleada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, «de conformidad [*in conformity with*]) con los preceptos de la Carta aquí valorados. En mi opinión, esto no extraña, pues antes incluso de la promulgación de nuestra Constitución, el Derecho colectivo español del Trabajo comenzó a ajustarse a los estándares jurídicos internacionales, especialmente tras la ratificación en 1977 de los Convenios núm. 87, de 1948, y núm. 98, de 1949, de la OIT⁵³. Por supuesto, tras la promulgación de nuestra Ley Orgánica 11/1985, de 2 agosto, de Libertad Sindical, y tras la promulgación asimismo del Título III del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el panorama español quedó todavía mucho más despejado, desde el punto de vista del cumplimiento de dichos estándares jurídicos internacionales. Respecto del artículo 5 de la Carta, así lo reflejan las «conclusiones» de 1988 (literalmente, «aunque a la espera de recibir la información de los remedios disponibles frente a la negativa a registrar a un sindicato, el Comité fue capaz de concluir que España estaba cumpliendo esta disposición de la Carta [*while awaiting the receipt of information on any remedies available against refusal to register a trade union, the Committee was able to conclude that Spain was satisfying this provision of the Charter*])⁵⁴ y, tras ella, también

las «conclusiones» correspondientes a 1990⁵⁵, 1992⁵⁶, 1993⁵⁷, 1995⁵⁸, 1998⁵⁹, 2000⁶⁰, 2003⁶¹ y 2014⁶². Respecto del artículo 6 de la Carta, las primeras «conclusiones» de conformidad se produjeron en 1984 (en relación con el apartado 3 del precepto, con la fórmula siguiente: «el comité concluyó que España cumple esta disposición de la Carta, pero esta conclusión es sólo provisional. Para confirmar esta valoración, al comité le gustaría más detalles ... [*the committee concluded that Spain complies with this provision of the Charter, but this conclusion is only provisional. To confirm this assessment, the committee would like more details ...*])⁶³, reiterándose luego en las «conclusiones» de 1986 (en relación con los apartados 1, 3 y 4 del precepto)⁶⁴, 1988 (en relación con todos los apartados del precepto)⁶⁵, 1990 (en relación con todos los apartados del precepto)⁶⁶, 1992 (en relación con todos los apartados del precepto)⁶⁷, 1993 (en relación con todos los apartados del precepto)⁶⁸, 1995 (en relación

⁵⁵ Cfr. «*Conclusions XI-2 – Spain*», publicadas el 30 septiembre 1990, párrafo último.

⁵⁶ Cfr. «*Conclusions XII-2 – Spain*», publicadas el 30 noviembre 1992, párrafo último.

⁵⁷ Cfr. «*Conclusions XIII-1 – Spain*», publicadas el 31 diciembre 1993, párrafo último.

⁵⁸ Cfr. «*Conclusions XIII-3 – Spain*», publicadas el 30 noviembre 1995, párrafo último.

⁵⁹ Cfr. «*Conclusions XIV-1 – Spain*», publicadas el 30 marzo 1998, párrafo último.

⁶⁰ Cfr. «*Conclusions XV-1 – Spain*», publicadas el 31 marzo 2000, párrafo último.

⁶¹ Cfr. «*Conclusions XVI-1 – Spain*», publicadas el 30 mayo 2003, párrafo último.

⁶² Cfr. «*Conclusions XX-3 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo último.

⁶³ Cfr. «*Conclusions VIII – Spain*», publicadas el 31 enero 1984, párrafo segundo.

⁶⁴ Cfr. «*Conclusions IX-2 – Spain*», publicadas el 31 diciembre 1986, párrafo último, respectivamente.

⁶⁵ Cfr. «*Conclusions X-2 – Spain*», publicadas el 30 junio 1988, párrafo último, respectivamente.

⁶⁶ Cfr. «*Conclusions XI-2 – Spain*», publicadas el 30 septiembre 1990, párrafo último, respectivamente.

⁶⁷ Cfr. «*Conclusions XII-2 – Spain*», publicadas el 30 noviembre 1992, párrafo último, respectivamente.

⁶⁸ Cfr. «*Conclusions XIII-1 – Spain*», publicadas el 31 diciembre 1993, párrafo último, respectivamente.

blicadas el 30 marzo 1998 (párrafo último), respectivamente.

⁵² Cfr. «*Conclusions XV-1 – Spain*», publicadas el 31 marzo 2000 (párrafo último), y Cfr. «*Conclusions XVI-1 – Spain*», publicadas el 30 mayo 2003 (párrafo último), respectivamente.

⁵³ Sobre el tema, con examen de todas las fuentes (también las doctrinales) sobre el tema, véase I. VIZCAÍNO RAMOS, «Las fuentes internacionales mundiales reguladoras del Derecho Sindical y su localización a través de Internet», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 14 (2010), págs. 867 y ss.

⁵⁴ Cfr. «*Conclusions X-2 – Spain*», publicadas el 30 junio 1988, párrafo último.

con todos los apartados del precepto)⁶⁹, 1998 (en relación con los apartados 1, 3 y 4 del precepto)⁷⁰, 2000 (en relación con los apartados 1 y 3 del precepto)⁷¹, 2003 (en relación con los apartados 1 y 2 del precepto)⁷², 2005 (en relación con todos los apartados del precepto)⁷³, 2006 (en relación con los apartados 1, 2 y 3 del precepto)⁷⁴, 2010 (en relación con los apartados 1, 2 y 3 del precepto)⁷⁵ y 2014 (en relación con los apartados 1 y 3 del precepto)⁷⁶.

3. EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL, DECLARADO EN 2010 Y LUEGO SUBSANADO, DEL ARTÍCULO 5 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

9. La letra c) del apartado 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical – precepto que pasó, sin discusión de ningún tipo, los filtros constitucionales aplicados por la Sentencia del Tribunal Constitucional 98/1985, de 29 julio⁷⁷– acabó llamando la atención del Comité Europeo de Derechos Sociales, por causa de su referencia única a los sindicatos más representativos (según dicho precepto, recuérdese, «quienes ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal, en las *organizaciones sindicales más representativas*, tendrán derecho ... a la asistencia y el acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, pre-

via comunicación al empresario, y sin que el ejercicio de ese derecho pueda interrumpir el desarrollo normal del proceso productivo)»⁷⁸. A este respecto, el primer toque de atención al Gobierno español se produjo en las «conclusiones» de 2005 (literalmente, «el Comité pregunta cuál es la situación de los representantes de los otros sindicatos en relación con el acceso al lugar de trabajo [*the Committee asks what is the situation of the representatives of the other trade unions as regards the access to workplace*]»)⁷⁹. Y tras esta primera llamada de atención, volvió a producirse otra más en las «conclusiones» de 2006, con un tono de claro reproche al Gobierno español (literalmente, «el Comité solicitó información sobre la situación de los delegados de otros sindicatos menos representativos en relación con el acceso a los locales de trabajo [*the Committee requested information on the situation of delegates from other, less representative trade unions as regards access to work premises*]»⁸⁰, teniendo en cuenta que «el informe no contesta la cuestión [*the report does not answer the question*]»⁸¹, por lo que «el Comité pregunta otra vez si los sindicatos minoritarios tienen acceso a los locales y lugares de trabajo en los que los sindicatos llevan a cabo actividades relacionadas con la empresa [*the Committee asks again whether minority trade unions have access to work premises and places in which trade unions engage in company-related activities*]»⁸². Lógicamente, el Comité Europeo de Derechos Sociales no volvió a reiterar al Gobierno español una tercera petición pura y simple de exigencia de in-

⁶⁹ Cfr. «*Conclusions XIII-3 – Spain*», publicadas el 30 noviembre 1995, párrafo último, respectivamente.

⁷⁰ Cfr. «*Conclusions XIV – Spain*», publicadas el 30 marzo 1998, párrafo último, respectivamente.

⁷¹ Cfr. «*Conclusions XV-1 – Spain*», publicadas el 31 marzo 2000, párrafo último, respectivamente.

⁷² Cfr. «*Conclusions XVI-1 – Spain*», publicadas el 30 mayo 2003, párrafo último, respectivamente.

⁷³ Cfr. «*Conclusions XVII-1 – Spain*», publicadas el 28 febrero 2005, párrafo último, respectivamente.

⁷⁴ Cfr. «*Conclusions XVIII-1 – Spain*», publicadas el 30 octubre 2006, párrafo último, respectivamente.

⁷⁵ Cfr. «*Conclusions XIX-3 – Spain*», publicadas el 3 diciembre 2010, párrafo último, respectivamente.

⁷⁶ Cfr. «*Conclusions XX-3 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo último, respectivamente.

⁷⁷ *Boletín Oficial del Estado* de 14 agosto 1985.

⁷⁸ Contextualizando el precepto, véase J. GARCÍA MURCIA, *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987), págs. 235 y ss.; R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos (Madrid, 1990), págs. 221 y ss.; y F. NAVARRO NIETO, *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993), págs. 175 y ss.

⁷⁹ Cfr. «*Conclusions XVII-1 – Spain*», publicadas el 28 febrero 2005, párrafo primero.

⁸⁰ Cfr. «*Conclusions XVIII-1 – Spain*», publicadas el 30 octubre 2006, párrafo sexto.

⁸¹ *Ibidem*, párrafo séptimo.

⁸² *Ibidem*.

formación. Lo hizo, pero concluyendo en tanto nuestro Gobierno no suministrase la concreta información requerida, que debía considerarse que España se encontraba en situación de incumplimiento parcial del artículo 5 de la Carta Social Europea.

10. Este juicio valorativo de no conformidad aparece contenido en las «conclusiones» de 2010, en las que se afirma literalmente lo siguiente: 1) «el Comité tomó nota previamente de que, en virtud del artículo 9.1 de la Ley Orgánica núm. 11/1985, de Libertad Sindical, a los representantes electos de los sindicatos más representativos debe darse acceso a los lugares de trabajo para tomar parte en actividades sindicales o en las de los trabajadores en su conjunto [*the Committee previously noted that, under Section 9.1 of Organic Law No. 11/1985 on Trade Union Freedom, elected representatives of the most representative trade unions must be given access to workplaces to take part in trade union activities or those of the employees as a whole*]»⁸³; 2) «el Comité preguntó cuál es la situación para los representantes de otros sindicatos en términos de acceso a los lugares de trabajo [*the Committee asked what the situation is for representatives of other trade unions in terms of access to workplaces*]»⁸⁴; y 3) «en ausencia de toda información en el informe sobre este aspecto y el hecho de que se ha preguntado varias veces (Conclusiones XVII-1 y XVIII-1), el Comité no puede considerar como demostrado que la situación esté en conformidad con la Carta en este punto [*in the absence of any information in the report on this aspect and the fact that it has been asked several times (Conclusions XVII-1 and XVIII-1), the Committee cannot consider as established that the situation is in conformity with the Charter on this point*]»⁸⁵, por lo que «el Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con el artículo 5, por el motivo de que no se ha demos-

trado que los representantes de los sindicatos distintos de los más representativos tienen acceso a los lugares de trabajo [*the Committee concludes that the situation in Spain is not in conformity with article 5 on the ground that it has not been established that representatives of trade unions other than the most representative have access to workplaces*]»⁸⁶. Este hecho marcó un punto de inflexión, pues el Gobierno español pasó luego a suministrar al Comité Europeo de Derechos Sociales la información requerida, lo que explica que en las «conclusiones» de 2014, a la vista de dicha información, el órgano de control del cumplimiento de la Carta afirmase que «el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 5 de la Carta de 1961 [*the Committee concludes that the situation in Spain is in conformity with article 5 of the 1961 Charter*]»⁸⁷. Las razones esgrimidas por el Gobierno español, a efectos de justificar que en nuestro ordenamiento no se violaba la libertad sindical de los sindicatos que no fuesen más representativos, fueron todas razones de orden legal, que paso a examinar seguidamente.

11. Dichas razones de orden legal pueden resumirse, en lo esencial, en la invocación de sólo dos preceptos. En primer lugar, el apartado 1 del artículo 8 de la propia Ley Orgánica de Libertad Sindical, trayendo a colación el Comité Europeo de Derechos Sociales, al hilo del informe del Gobierno español, que «no hay nada que impida, a los trabajadores en la empresa o en los lugares de trabajo que están afiliados a un sindicato que no está calificado como más representativo, crear una sección sindical, al amparo del artículo 8.1 de la Ley Orgánica núm. 11/1985, de Libertad Sindical [*there is nothing preventing workers in the company or workplaces who are members of a trade union that is not classified as most representative from setting up a trade union branch, under Article 8.1 of Organic Law No. 11/1985*

⁸³ Cfr. «Conclusions XIX-3 – Spain», publicadas el 3 diciembre 2010, párrafo cuarto.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*, párrafo quinto.

⁸⁷ Cfr. «Conclusions XX-3 – Spain», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo último.

on Trade Union Freedom]»⁸⁸, de manera que «en la práctica esto significa la presencia en el lugar de trabajo de cualquier organización sindical, con independencia de su nivel de representatividad [*in practice this means the presence in the workplace of any trade union organisation, regardless of its level of representation*]»⁸⁹. En segundo lugar, el apartado 5 del artículo 8 del texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 agosto, indicando a este respecto el Comité Europeo de Derechos Sociales que «más específicamente, el informe menciona el artículo 8.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, que califica el impedimento de acceso a los lugares de trabajo a una organización sindical no considerada como más representativa como una infracción muy grave de la legislación laboral [*more specifically, the report mentions Article 8.5 of Royal Legislative Decree 5/2000 which classifies the prevention of access to workplaces for a trade union organization that is not considered as most representative as a serious infringement of labour law*]»⁹⁰. En mi opinión, sólo cabe calificar de muy inteligente la línea argumental seguida por nuestro Gobierno. En efecto, hay que tener en cuenta que existe una relativamente abundante jurisprudencia ordinaria española sobre la interpretación y aplicación del tenor de la letra c) del apartado 1 del artículo 9 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, aunque esta jurisprudencia ordinaria se refiere a la violación por parte del empresario del derecho de acceso al centro de trabajo no de representantes de sindicatos a calificar de minoritarios, sino precisamente de representantes de los sindicatos más representativos⁹¹, tema que quedaba fuera del foco

⁸⁸ *Ibidem*, párrafo cuarto.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24 (2009), págs. 68 y ss.

de atención creado por el Comité Europeo de Derechos Sociales.

4. LOS TRES INCUMPLIMIENTOS PARCIALES, UNO CLARAMENTE CONTUMAZ, DEL ARTÍCULO 6 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

12. Frente a la relativa estabilidad del Derecho español regulador de la libertad sindical (hasta el punto incluso de haberse renunciado a corregir un clamoroso error técnico existente en el tenor de la Ley Orgánica 11/1985, de libertad sindical, que parece haberse acabado convirtiendo con el paso del tiempo en una norma intocable)⁹², en cambio, nuestro Derecho de la negociación colectiva ha padecido numerosas enmiendas, desde que su ajuste al artículo 6 de la Carta Social Europea empezó a ser controlado por el Comité Europeo de Derechos Sociales, a partir del año 1984. Dicho Comité ha detectado tres incumplimientos parciales hasta el año 2014, referidos a concretos asuntos, tales como la congelación salarial aplicada en cierto año a los empleados públicos [cfr. *infra*, C)], a algunas reformas operadas en el Título III del Estatuto de los Trabajadores en el año 2012, en pleno estallido de la crisis económica global que también sacudió a España [cfr. *infra*, B)], y a un muy concreto aspecto de nuestra regulación del derecho de huelga, que permanece prácticamente anquilosada desde el año 1981, esto es, cuando se declaró parcialmente inconstitucional la norma española (pre-democrática y pre-constitucional) reguladora de la huelga [cfr. *infra*, C)]. Se verá que uno de estos incumplimientos fue subsanado por el Gobierno español, aunque respecto de los otros dos España permanece todavía en posición de incumplimiento parcial del artículo 6 de la Carta Social Europea. En mi opinión, se trata de un asunto que no pa-

⁹² Acerca del error en cuestión, que obliga a hablar de que dicha Ley Orgánica contiene una «disposición fantasmagórica», véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016), pág. 193.

rece tener un arreglo fácil, especialmente por causa de que uno de dichos dos incumplimientos parciales, todavía no subsanados, sólo puede ser calificado de incumplimiento contumaz, pareciendo que el Gobierno español ha renunciado a cumplir en este concreto aspecto –por las razones que se verán– el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea.

4.1. El incumplimiento por la congelación salarial de los empleados públicos, en 1997, del apartado 2 del precepto

13. Como es sabido, el tema de los topes impuestos por los presupuestos generales del Estado al crecimiento de las retribuciones del personal empleado en el sector público fue muy controvertido en España, sobre todo en las décadas de los años ochenta y noventa del siglo pasado, habiendo tenido que zanjar dicha controversia una reiterada serie de Sentencias del Tribunal Constitucional (especialmente, las núm. 63/1986, de 21 mayo⁹³; 96/1990, de 24 mayo⁹⁴; 237/1992, de 13 diciembre⁹⁵; y 171/1996, de 30 octubre⁹⁶), en las que se validaba la constitucionalidad de los topes retributivos en cuestión, con fundamento en los preceptos constitucionales sobre la competencia del Estado, tanto respecto de fijación de las bases de la planificación general de la actividad económica, como respecto del principio general de coordinación⁹⁷. En relación con estos topes, la Ley 12/1996, de 30 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1997, supuso un salto cualitativo y cuantitativo de extraordinaria entidad, al imponer la

«congelación» radical de las retribuciones del personal del sector público (por seguir hablando de topes, con ella se trataba ahora de la imposición de un tope del «0 por 100»), justificándose en dicha Ley la medida por causa del hecho de que uno de los «grandes objetivos irrenunciables para la sociedad española» era, en aquella época, «la convergencia nominal con la Unión Monetaria [que acabaría precipitando luego en la implantación del euro] en materia de precios y déficit públicos»⁹⁸. Pues bien, dicha «congelación» retributiva provocó malestar social, así como toda una serie de movilizaciones sindicales, también por la vía de la denuncia de la misma ante organizaciones internacionales, que también acabó registrando y valorando el Comité Europeo de Derechos Sociales, en sus «conclusiones» de 2000, como ahora mismo tendremos ocasión de comprobar.

14. En dichas «conclusiones», se parte de la afirmación de que existía «una queja planteada ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT por la Unión General de Trabajadores (UGT) en 1997, relativa a la negociación colectiva en el sector público [*a complaint brought before the ILO Committee of Freedom Association by the General Workers Union (UGT) in 1997 concerning collective bargaining in the public sector*]»⁹⁹, alegando que «el Gobierno infringió el derecho de negociación colectiva, al imponer unilateralmente una congelación salarial para el año 1997, a pesar de la existencia de un convenio colectivo entre la Administración pública y los sindicatos para el período 1995-1997, que preveía incrementos salariales anuales de acuerdo con criterios especificados [*the Government infringed the right to collective bargaining by unilaterally imposing a wage freeze for the year 1997, despite the existence of a collective agreement between the public administration and the trade unions for the period 1995-1997, providing for annual wage increases in accordance with specified*

⁹³ Boletín Oficial del Estado de 13 junio 1986.

⁹⁴ Boletín Oficial del Estado de 20 junio 1990.

⁹⁵ Boletín Oficial del Estado de 20 enero 1993.

⁹⁶ Boletín Oficial del Estado de 3 diciembre 1996.

⁹⁷ Sobre el tema, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Sobre la efectividad real, supuesta su constitucionalidad, de los topes impuestos por los presupuestos del Estado al crecimiento de las retribuciones del personal empleado en el sector público. Comentario a la Sentencia 171/1996, de 30 de octubre», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, t. XIV, Civitas (Madrid, 1997), págs. 260 y ss.

⁹⁸ Cfr. su preámbulo, párrafo primero.

⁹⁹ Cfr. «Conclusions XV-1 - Spain», publicadas el 31 marzo 2000, párrafo noveno.

criteria»¹⁰⁰, con la consecuencia de que «el Comité de Libertad Sindical de la OIT lamenta que ningún incremento salarial se concediese, y espera que el Gobierno tendrá que recurrir a la negociación colectiva para determinar las condiciones de trabajo de los servidores públicos [*the ILO Committee on Freedom Association regrets that no wage increase whatsoever was conceded and hopes that the Government will have recourse to collective bargaining to determine the employment conditions of public servants*]»¹⁰¹. Y tras esta constatación, las «conclusiones» afirman que «el Comité comparte la preocupación del Comité de Libertad Sindical de la OIT [*the Committee shares the concern of the ILO Committee*]»¹⁰², de un lado, porque «la imposición de la congelación salarial era un incumplimiento aparente del convenio colectivo general existente para el período 1995-1997 [*the imposition of a wage freeze was in apparent contravention of the existing general collective agreement for the period 1995-1997*]»¹⁰³; y de otro lado, porque «aunque la congelación salarial fue impuesta por la ley, no se había documentado que fuera «necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos de otros o para la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o la moral» [*although the wage freeze was prescribed by law, it has not been documented that it was «necessary in a democratic society for the protection of the rights of others or for the protection of public interest, national security, public health or morals»*]»¹⁰⁴, tal y como prescribía el artículo 31 de la versión originaria de la Carta Social Europea. De ahí la conclusión de incumplimiento de este último precepto, en cuanto que límite del derecho de negociación colectiva regulado en el apartado 2 del artículo 6 de la propia Carta, pues «el Comité concluye que la imposición de una congelación salarial a los empleados públicos en 1997 constituía una

interferencia en un convenio colectivo general existente, que no estaba justificada al amparo del artículo 31, y que, por ello, incumplía la Carta [*the Committee concludes that the imposition of a wage freeze for public employees in 1997 constituted an intervention in an existing general collective agreement which was not justified under Article 31 and therefore in breach of the Charter*]»¹⁰⁵.

15. Lógicamente, el Gobierno español se vio obligado a reaccionar ante esta declaración de incumplimiento, apareciendo registrada esta reacción suya en las «conclusiones» inmediatamente subsiguientes a las recién citadas, correspondientes al año 2003. En ellas, el Comité Europeo de Derechos Sociales afirma, de un lado, que «subraya que el Gobierno y los sindicatos relevantes alcanzaron un acuerdo general el 16 noviembre 1998, racionalizando y normalizando los procedimientos de negociación colectiva [para el «personal contractual del sector público»], y en particular, simplificando el sistema de grados y funciones, y la estructura salarial [*the Committee notes that the Government and relevant trade unions reached a general agreement on 16 November 1998, rationalising and standardising collective bargaining procedures, in particular by simplifying the system of grades and functions and the salary structure*]»¹⁰⁶; y de otro lado, que «de acuerdo con el informe [del Gobierno español], se alcanzó un acuerdo el 24 septiembre 1999 sobre actualización de los salarios de los funcionarios públicos permanentes, y otro el 11 enero 2001 sobre la formación en el servicio [*according to the report, agreement was reached on 24 September 1999 on the upgrading of the salaries of permanent civil servants and another on 11 January 2001 on in-service training*]»¹⁰⁷, aparte el hecho de que «junto a estos acuerdos, la negociación colectiva para los trabajadores del Estado también tuvo lugar en organismos *ad hoc*, tales

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo undécimo

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, párrafo último.

¹⁰⁶ Cfr. «*Conclusions XVI-1 – Spain*», publicadas el 30 mayo 2003, párrafo sexto.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafo séptimo.

como la Comisión Conjunta de Salud Laboral y la Mesa General de Negociación [*aside from these agreements, collective bargaining for state employees also took place in ad hoc bodies such as the Joint Commission of Occupational Health and the General Negotiation Bureau*]¹⁰⁸. De ahí, a la vista de estos hechos, que se removiese la previa «conclusión» de incumplimiento del apartado 2 del artículo 6 de la Carta, sustituyéndola por otra nueva de cumplimiento del mismo, pues «el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 6§2 de la Carta [*the Committee concludes that the situation in Spain is in conformity with Article 6§2 of the Charter*]¹⁰⁹.

4.2. El incumplimiento por la Reforma Laboral de 2012 del apartado 2 del precepto

16. Frente a lo que es más frecuente en las «conclusiones» relativas a los diversos apartados del artículo 6 de la Carta Social Europea, las del año 2014 sobre el apartado 2 de dicho precepto son inusualmente muy extensas. En lo esencial, abordan el tema del ajuste a la norma del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral¹¹⁰, utilizando dos parámetros principales de enjuiciamiento. El primero se refiere a las alegaciones efectuadas por los sindicatos españoles, indicándose en estas «conclusiones» que «el Comité subraya los comentarios de las confederaciones sindicales españolas, registrados el 4 agosto 2014, que afirman que durante la preparación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 febrero, sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, no hubo consulta

o negociación de ningún tipo con los sindicatos [*the Committee notes the comments from the Spanish Trade Union Confederations, registered on 4 August 2014, which state that during the preparation of the Royal Decree-Law No. 3/2012 of 10 February on urgent measures to reform the labour market there was no consultation or negotiation of any kind with the trade unions*]¹¹¹. El segundo se refiere a las alegaciones del Gobierno español en respuesta a las de los sindicatos, centradas –en lo esencial– en el argumento de la situación de emergencia vivida por aquel entonces en España (literalmente, «en su respuesta, registrada el 22 octubre 2014, el Gobierno subraya que este Real Decreto-ley ha sido promulgado en una situación de emergencia, de acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, que justifica la adopción de dicho tipo de instrumento [*in its response, registered on 22 October 2014, the Government underlines that this Decree-Law has been issued in a situation of emergency in accordance with Article 86 of the Constitution, which justifies the adoption of such an instrument*]¹¹², en el hecho de que la reforma operada traía causa de un Real Decreto-ley anterior, promulgado por un Gobierno distinto (literalmente, «hace referencia al Real Decreto-ley 7/2011, de 10 junio 2011, que ya trataba de medidas urgentes para reformar la negociación colectiva, para mostrar que la falta de acuerdo entre los interlocutores sociales sobre una reforma acordada de la negociación colectiva era bien conocida [*it makes reference to Royal Decree-Law No. 7/2011 of 10 June 2011, which already dealt with urgent measures to reform collective bargaining to show that the lack of agreement between the social partners on an agreed reform of collective bargaining was well known*]¹¹³, y por último, en que la norma cuestionada por los sindicatos había sido

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrafo último.

¹¹⁰ Sobre el tema, mi opinión consta explicitada en A. ARUFE VARELA, «Derecho del Trabajo y crisis económica. La «Reforma Laboral Rajoy» del Derecho colectivo del Trabajo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, núm. 16 (2012), págs. 47 y ss.

¹¹¹ Cfr. «Conclusions XX-3 – Spain», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo tercero.

¹¹² *Ibidem*, párrafo quinto.

¹¹³ *Ibidem*. Sobre el tema véase A. ARUFE VARELA, «La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2011), págs. 63 y ss.

validada por el Tribunal Constitucional español (literalmente, «finalmente, cita al Tribunal Constitucional, que en su decisión [«fechada el 16 julio 2014»] afirma que la Constitución no establece un modelo específico de negociación colectiva, y que esta última puede estar sujeta a limitaciones, como en el caso presente, si existe un propósito legítimo de salvaguardar otros derechos constitucionales, las limitaciones son razonables y se cumplen las exigencias de proporcionalidad [finally, it quotes the Constitutional Court, which in its Ruling states that the Constitution does not establish a specific model for collective bargaining and that this latter may be subject to limitations, as in the present case, if there exists a legitimate purpose to safeguard other constitutional rights, the limitations are reasonable and the requirements of proportionality are met]»)¹¹⁴. El juicio valorativo del Comité Europeo de Derechos Sociales puede incluso calificarse de juicio «salomónico», pues dio en parte la razón a los sindicatos y en parte se la dio al Gobierno, en los términos que paso a relatar seguidamente.

17. A los sindicatos se les dio la razón en dos extremos, aunque uno sea bien importante por su alcance general. Este extremo se refiere al hecho de que el Real Decreto-ley 3/2012 hubiese sido promulgado sin negociaciones ni consultas previas con los sindicatos, lo que llevó a concluir al Comité Europeo de Derechos Sociales –en línea con una decisión suya adoptada por la vía del procedimiento de resolución de quejas colectivas, y relativa a Grecia¹¹⁵– que «considera en este contexto que las medidas adoptadas en España son desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos y que, por tanto, no cumplen las condiciones establecidas por el artículo 31 de la Carta de 1961 [considers in this context that the measures taken in Spain are disproportionate to the aims pursued and therefore

they do not comply with the conditions established by Article 31 of the 1961 Charter]»¹¹⁶, lo que explica que «a este respecto, la situación sea de no conformidad con el artículo 6§2 de la Carta de 1961 [*in this respect, the situation is not in conformity with article 6§2 of the 1961 Charter]*»¹¹⁷. El otro extremo se refiere a la ilegitimidad de la reforma operada en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (relativo, recuérdese, a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo)¹¹⁸, respecto de la que el Comité subrayó –aceptando la argumentación de los sindicatos– que «permitía unilateralmente al empresario no aplicar las condiciones de trabajo previamente acordadas con los representantes de los trabajadores en pactos y acuerdos a nivel de empresa [*the employer is unilaterally allowed not to apply the working conditions previously agreed with the workers' representatives in company level pacts and agreements]*»¹¹⁹, por lo que –sobre la base de que «la legitimación de la derogación unilateral de acuerdos colectivos libremente negociados es un incumplimiento de la obligación de promover procedimientos de negociación [*the legitimation of unilateral derogation from freely negotiated collective agreements is in violation of the obligation to promote negotiation procedures]*»¹²⁰– el Comité Europeo de Derechos Sociales se vio obligado a concluir que «la situación [de España] se encuentra en incumplimiento del artículo 6§2 de la Carta de 1961, en este punto [*the situation is in violation of Article 6§2 of the 1961 Charter on this point]*»¹²¹.

18. El Comité Europeo de Derechos Sociales le dio la razón, sin embargo, al Gobierno

¹¹⁶ Cfr. «Conclusions XX-3 – Spain», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo noveno.

¹¹⁷ *Ibidem*, párrafo décimo.

¹¹⁸ Sobre la reforma del precepto en cuestión, críticamente, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 (2012), págs. 127 y ss.

¹¹⁹ Cfr. «Conclusions XX-3 – Spain», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo decimoquinto.

¹²⁰ *Ibidem*, párrafo decimoséptimo.

¹²¹ *Ibidem*.

¹¹⁴ Cfr. «Conclusions XX-3 – Spain», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo quinto.

¹¹⁵ Más en concreto, se trata de la Queja Colectiva núm. 80/2012, *Pensioners' Union of the Agricultural Bank of Greece (ATE) v. Greece*.

español (y se la quitó a los sindicatos), en dos concretos aspectos también impugnados por estos últimos. El primero se refiere al tenor del nuevo apartado 2 del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores¹²² (literalmente, «el Comité también subraya, de acuerdo con los comentarios de las confederaciones sindicales españolas, que la nueva regulación del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores establece la primacía del convenio colectivo a nivel de empresa, frente a los convenios colectivos con un ámbito de aplicación más amplio [*the Committee also notes that according to the comments from the Spanish Trade Union Confederations, the new drafting of Article 84.2 of the Workers' Statute establishes the primacy of the company-level collective agreement as against collective agreements of a broader scope*])»¹²³, concluyendo a este respecto –a la espera de concreta información requerida al Gobierno español, sobre la aplicación de tal precepto– que «entre tanto, considera que la disposición estableciendo la «primacía» no restringe excesivamente el derecho de negociación colectiva, dado que todavía permite a los sindicatos decidir qué relaciones industriales desean regular en los convenios colectivos, y a qué nivel deberían celebrarse estos convenios [*in the meantime, it finds that the provision for establishment of «primacy» does not overly restrict the right to collective bargaining, as it still allows trade unions to decide which industrial relationships they wish to regulate in collective agreements and at what level these agreements should be made*])»¹²⁴, por lo que la norma cuestionada «cae dentro del margen de apreciación del Estado parte [*it falls within the margin of appreciation of the State par-*

ty])»¹²⁵. El segundo se refiere a la regulación de la ultractividad¹²⁶, tal y como aparecía diseñada en el nuevo apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores (según las confederaciones sindicales españolas, esta norma «elimina la disposición anterior que mantenía la validez del convenio colectivo hasta que fuese sustituido por uno nuevo [*eliminates the previous provision that maintained the validity of a collective agreement until it was replaced by a new one*])»¹²⁷, concluyendo a este respecto el Comité que «la extinción automática de un convenio colectivo cuando las partes han fracasado en acordar su continuación, y han fracasado en concluir un convenio de sustitución dentro del año siguiente a su denuncia, no es un incumplimiento del derecho de negociación colectiva [*the automatic termination of a collective agreement where the parties have failed to agree to its continuance and failed to conclude a replacement agreement within one year of its denunciation is not in violation of the right to bargain collectively*])»¹²⁸.

4.3. El incumplimiento contumaz por la regulación del arbitraje obligatorio en huelgas del apartado 4 del precepto

19. En materia de Derecho colectivo del Trabajo, el gran protagonista de la actividad de control llevada a cabo por el Comité Europeo de Derechos Sociales es, sin ningún género de dudas al respecto, el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo, allí donde afirma que «el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta la duración o las consecuencias de la huelga, las posiciones de

¹²² Sobre el tema, véase J. GORELLI HERNÁNDEZ, «Primeras experiencias jurisprudenciales de la prioridad aplicativa del convenio de empresa», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 176 (2015), págs. 317 y ss.; y W. SANGUINETTI RAYMOND, «La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 21 (2016), págs. 10 y ss.

¹²³ Cfr. «*Conclusions XX-3 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo duodécimo.

¹²⁴ *Ibidem*, párrafo decimocuarto.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ Sobre el tema, críticamente, véase A. ARUFE VARELA, «La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva», cit., págs. 75 y ss.

¹²⁷ Cfr. «*Conclusions XX-2 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo decimotercero.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo vigésimo.

las partes y el perjuicio grave de la economía nacional, podrá acordar la reanudación de la actividad laboral..., de modo definitivo, mediante el establecimiento de un arbitraje obligatorio»¹²⁹. Como es sabido, se trata de un precepto que pasó los filtros constitucionales impuestos por la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 abril¹³⁰, en la que se declaró constitucional esa «facultad que se le reconoce al Gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga»¹³¹, pues «no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe»¹³². Se trata de un precepto que tuvo la mala fortuna de haber llamado la atención del Comité Europeo de Derechos Sociales, ya en las «conclusiones» del año 1998, aunque en el seguimiento de este tema por parte de dicho Comité cabe distinguir dos períodos perfectamente diferenciados, el segundo de los cuales (que permite hablar de incumplimiento «contumaz» por parte de España) no ha concluido todavía.

20. El primer período comprende de 1998 a 2003, en el que dicho controvertido precepto

español se analizaba por el Comité Europeo de Derechos Sociales a la luz del apartado 3 del artículo 6 de la Carta Social Europea, relativo –recuérdese– a «promover el establecimiento y uso de instrumentos adecuados de conciliación y arbitraje voluntario para la solución de conflictos laborales». En este período, se producen dos peticiones de información adicional al Gobierno español, sobre la base de un aparente incumplimiento por nuestro país del concreto apartado del precepto recién citado, afirmándose a este respecto por el Comité Europeo de Derechos Sociales: 1) en sus «conclusiones» de 1998, que «pide ser informado [*asks to be informed*]»¹³³, por lo que «concluye que la situación está en conformidad con la Carta, pero de manera provisional pendiente de la recepción de la información solicitada [*concludes that the situation is in conformity with the Charter, but on a provisional basis pending receipt of the information requested*]»¹³⁴; y 2) en sus «conclusiones» de 2000, que «hace hincapié en que debe suministrarse información [*it emphasizes that information must be provided*]»¹³⁵, por lo que «pendiente de la recepción solicitada, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 6, apartado 3, de la Carta [*pending receipt of the information requested the Committee concludes that the situation in Spain is in conformity with Article 6 para. 3 of the Charter*]»¹³⁶. Tras estos dos fallidos intentos de exigencia de información complementaria satisfactoria, el Comité Europeo de Derechos Sociales cambió su opinión sobre el tema, operándose el cambio en sus «conclusiones» de 2003, en las que se afirma que «la situación en España no está en conformidad con el artículo 6, apartado 3, de la

¹²⁹ Párrafo primero. Sobre el tema, véase A.P. BAYLOS GRAU, «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, Sala Segunda de lo Contencioso-administrativo, de 19 de diciembre de 1987)», *Poder Judicial*, núm. 11 (1988), págs. 127 y ss.; J.J. VEGA LÓPEZ, «El arbitraje «obligatorio» que pone fin a la huelga», *Temas Laborales*, núm. 70 (2003), págs. 263 y ss.; A.V. SEMPERE NAVARRO, «Presupuestos del arbitraje obligatorio para finalizar la huelga Comentario a la STS-Cont.-Adm. De 6 junio 2007», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6 (2008), págs. 11 y ss.; y M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 36 (2017), págs. 9 y ss.

¹³⁰ *Boletín Oficial del Estado* de 25 abril 1981. Sobre ella, con reflexión general y perspectiva siempre sugerente, véase A.P. BAYLOS GRAU, «El derecho de huelga», en el vol. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003), págs. 585 y ss.

¹³¹ Cfr. Fundamento Jurídico decimonoveno.

¹³² *Ibidem*.

¹³³ Cfr. «*Conclusions XIV-1 – Spain*», publicadas el 30 marzo 1998, párrafo cuarto.

¹³⁴ *Ibidem*, párrafo último.

¹³⁵ Cfr. «*Conclusions XV-1 – Spain*», publicadas el 31 marzo 2000, párrafo penúltimo.

¹³⁶ *Ibidem*, párrafo último.

Carta [*the situation in Spain is not in conformity with Article 6§3 of the Charter*]¹³⁷.

21. El segundo período comprende desde el año 2005 hasta la actualidad, estando caracterizado por el hecho de que el Comité Europeo de Derechos Sociales pasa a analizar el citado artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977 a la luz del apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea, en vez del apartado 3 del propio precepto, como venía haciéndolo hasta entonces. El cambio aparece reflejado, por vez primera, en las «conclusiones» de 2005, en las que incluso se da una nueva oportunidad al Gobierno español, pues en ella se afirma que «la situación en España está en conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Carta [*the situation in Spain is in conformity with Article 6§4 of the Charter*]¹³⁸. Ahora bien, el Comité cambió de criterio en sus «conclusiones» inmediatamente subsiguientes, correspondientes al año 2006, afirmándose en ellas lo que sigue: 1) «en sus conclusiones previas ..., el Comité consideró que el artículo 10.1 ..., como tal, no incumple el artículo 6, apartado 4, de la Carta, pero para valorar la situación necesitaría información de su realización en la práctica [*in its previous conclusion ..., the Committee considered that Section 10.1 ... does not, as such, breach Article 6§4 of the Charter but in order to assess the situation it would need information on its implementation in practice*]¹³⁹; 2) «el Comité toma nota de que la información suministrada ... por el Gobierno no muestra que el recurso al arbitraje obligatorio sea [de conformidad con el artículo 31 de la Carta] «necesario en una sociedad democrática para la protección de los derechos y libertades de otros o para la protección del interés público, la seguridad nacional, la salud pública o las costumbres» [*the Committee notes that the information provided ... by the Government does*

not show that recourse to compulsory arbitration was «necessary in a democratic society for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health, or morals»]¹⁴⁰; y 3) «por lo tanto, reconsidera su posición y sostiene que el artículo 10.1 ... no está en conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Carta [*it therefore reconsiders its position and holds that Section 10.1 ... is not in conformity with Article 6§4 of the Charter*]¹⁴¹. Tras esta declaración de incumplimiento, el Gobierno español parece haber abandonado a su suerte la regulación que el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977 hace del arbitraje obligatorio, pues el Comité Europeo de Derechos Sociales viene repitiendo sus valoraciones de no conformidad con la Carta de tal precepto, desde entonces y hasta la actualidad. Así, en las «conclusiones» de 2010, afirma que «la situación en España no está en conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Carta, por la razón de que la legislación autoriza al Gobierno a imponer el arbitraje para poner fin a una huelga en casos que van más allá de las derogaciones permitidas por el artículo 31 de la Carta [*the situation in Spain is not in conformity with Article 6§4 of the Charter, on the ground that legislation authorises the Government to impose arbitration to end a strike in cases which go beyond the derogations permitted by Article 31 of the Charter*]¹⁴²; y en las «conclusiones» de 2014 –últimas disponibles hasta el momento presente–, vuelve de nuevo a afirmar que «la situación en España no está en conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Carta de 1961, por la razón de que la legislación autoriza al Gobierno a imponer el arbitraje para poner fin a una huelga en casos que van más allá de las derogaciones permitidas por el artículo 31 de la Carta de 1961 [*the situation in Spain is not in conformity with Article 6§4 of the 1961 Charter on the ground that legislation authorises the Government to*

¹³⁷ Cfr. «Conclusions XVI-1 – Spain», publicadas el 30 mayo 2003, párrafo último.

¹³⁸ Cfr. «Conclusions XVII-1 – Spain», publicadas el 28 febrero 2005, párrafo último.

¹³⁹ Cfr. «Conclusions XVIII-1 – Spain», publicadas el 30 octubre 2006, párrafo quinto.

¹⁴⁰ *Ibidem*, párrafo octavo.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² Cfr. «Conclusions XIX-3 – Spain», publicadas el 3 diciembre 2010, párrafo último.

impose compulsory arbitration to end a strike in cases which go beyond the derogations permitted by Article 31 of the 1961 Charter»¹⁴³.

5. EPÍLOGO PROSPECTIVO

22. Si se mantiene el «calendario» a que antes aludí¹⁴⁴, las próximas «conclusiones» relativas al cumplimiento por España del artículo 5 de la Carta Social Europea corresponderán al año 2018, aunque se harán públicas quizá a comienzos de 2019. En principio, respecto de este concreto precepto de la Carta, no se esperan sobresaltos, pues España –salvo un muy concreto tropezón, a que también antes aludí¹⁴⁵– viene siendo un país tradicionalmente cumplidor del mismo. Ahora bien, en mi opinión, existe un aspecto temático inquietante. Hay que tener en cuenta que el Comité Europeo de Derechos Sociales, a diferencia del Comité de Libertad Sindical de la OIT, manifiesta una clara aversión por todo lo relativo a los llamados pactos de seguridad sindical¹⁴⁶, que ha hecho explícita en su «Digesto» de jurisprudencia¹⁴⁷. A este respecto, hay que tener en cuenta que el Comité Europeo de Derechos Sociales viene reclamando información adicional al Gobierno español, desde hace ya muchos años, acerca del llamado canon de negociación colectiva (pacto más blandísimo, que mera-

mente blando, de seguridad sindical), cuya exigencia debe cumplir los requisitos del artículo 11 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical, tal y como fue interpretado por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/1985¹⁴⁸. En efecto, tales requerimientos constan en las «conclusiones» de 2003 (literalmente, «el Comité pregunta con qué extensión ocurre esto en la práctica [*the Committee asks to what extent this occurs in practice*]»¹⁴⁹, en las «conclusiones» de 2005 (literalmente, «el Comité repite su pregunta de las anteriores conclusiones [*the Committee repeats its question in the previous conclusion*]»¹⁵⁰, en las «conclusiones» de 2006 (literalmente, «el Comité pregunta cuáles son las condiciones en que se debe el canon de negociación colectiva ..., la extensión con que dicho canon se paga en la práctica y a cuánto asciende dicho canon [*the Committee asks how which are the conditions on which collective bargaining fees ... are due, the extent to which such fees are paid in practice and how much such fees amount to*]»¹⁵¹, en las «conclusiones» de 2010 (literalmente, «el Comité pide información sobre con qué frecuencia se recauda este canon y a cuál es su importe [*the Committee asks for information on how frequent these fees are collected and what their amount is*]»¹⁵² y en las «conclusiones» de 2014 (literalmente, «el Comité reitera sus preguntas y solicita más detalles [*the Committee reiterates its questions and requests further details*]»¹⁵³. No extrañaría, si el Gobierno español vuelve a desatender ahora el requerimiento en cuestión, que el Comité Europeo de Derechos Sociales acabase emitiendo un juicio de incumplimiento del artículo 5 de

¹⁴³ Cfr. «*Conclusions XX-3 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo último.

¹⁴⁴ Véase *supra*, núm. 6.

¹⁴⁵ Véase *supra*, núms. 9 y ss.

¹⁴⁶ Acerca de estos pactos, clásico, véase M. ALONSO OLEA, «Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 12 (1982), págs. 565 t ss. Probando que «en los primeros momentos de nuestra negociación colectiva, se convenían, con relativa frecuencia, pactos de seguridad sindical», véase F.J. GÓMEZ ABELLEIRA, *La adhesión al convenio colectivo*, EGAP (Santiago de Compostela, 1997), pág. 41, nota 291. Acerca de la completa actualidad del tema en los Estados Unidos, véase A. ARUFE VARELA, «La actualidad del tema de los pactos de seguridad sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A propósito del caso Friedrichs v. California Teachers Association (2016)», *Anuario Coruñaés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VIII (2016), págs. 19 y ss.

¹⁴⁷ Cfr. págs. 49 y ss.

¹⁴⁸ Al respecto, véase J. CABEZA PEREIRO, *El descuento de la cuota sindical*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002), págs. 82 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. «*Conclusions XVI-1 – Spain*», publicadas el 30 mayo 2003, párrafo primero.

¹⁵⁰ Cfr. «*Conclusions XVII-1 – Spain*», publicadas el 28 febrero 2005, párrafo segundo.

¹⁵¹ Cfr. «*Conclusions XVIII-1 – Spain*», publicadas el 30 octubre 2006, párrafo tercero.

¹⁵² Cfr. «*Conclusions XIX-3 – Spain*», publicadas el 3 diciembre 2010, párrafo tercero.

¹⁵³ Cfr. «*Conclusions XX-3 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2014, párrafo tercero.

la Carta Social Europea, en este concreto punto relativo al canon de negociación colectiva.

23. Respecto del artículo 6 de la Carta, parece razonable pronosticar que las «conclusiones» de 2018 contendrán al menos dos juicios de incumplimiento del mismo por parte de España. De un lado, porque permanece incólume el poder empresarial de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo pactadas en acuerdos de empresa (recuérdese que el Comité Europeo de Derechos Sociales, ya en sus «conclusiones» de 2014, consideraba que «la legitimación de la derogación unilateral de acuerdos colectivos libremente negociados es un incumplimiento de la obligación de promover procedimientos de negociación»)¹⁵⁴, dado que el artículo 41 del nuevo Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 octubre, continúa afirmando –sin enmienda de lo que disponía el Estatuto de los Trabajadores de 1995, desde el año 2012– que «las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos»¹⁵⁵. De otro lado, por causa del incumplimiento contumaz por parte de España de las obligaciones que impone el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea, en relación con el arbitraje obligatorio para poner fin a determinado tipo de huelgas (recuérdese, ya en las «conclusiones» de 2014, que el Comité Europeo de Derechos Sociales afirmaba que «la situación en España no está en conformidad con el artículo 6, apartado 4, de la Carta de 1961, por la razón de que la legislación autoriza al Gobierno a imponer el arbitraje para poner fin a una huelga en casos que van más allá de las derogaciones permitidas por el artículo 31 de la Carta de 1961»)¹⁵⁶, dado que el tenor del artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, sobre Relaciones de

Trabajo, permanece petrificado después de haber sido convalidado por la citada Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981.

24. Si se confirman en 2018 estas dos «conclusiones» de incumplimiento, creo que razonablemente se abren al Gobierno español dos posibilidades de actuación distintas. En primer lugar, la pasiva de no hacer nada o de mirar para otro lado, respecto de la cual hay ejemplos innúmeros (e incluso, extraordinariamente escandalosos) en el plano del Derecho comparado, relatando a este respecto la doctrina científica, por ejemplo, que la República Italiana –a pesar de ser Estado fundador del Consejo de Europa, habiéndose suscrito la versión originaria de la Carta Social Europea precisamente en la ciudad italiana de Turín– nunca ha cumplido el tenor del apartado 4 del artículo 4 de la Carta Social Europea, desde los ya lejanos tiempos en que el órgano de control de la Carta comenzó a monitorizar el cumplimiento del mismo por parte de Italia (literalmente, el Comité «apunta que la situación en Italia nunca se ha considerado que estuviese en conformidad con el artículo 4, apartado 4, de la Carta»)¹⁵⁷. En segundo lugar, la activa o positiva –supuesto que España no parece tener la voluntad de cumplir integralmente las exigencias impuestas por el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea– de proceder a denunciar parcialmente el contenido de dicho concreto precepto, por no parecer jurídicamente admisible el incumplimiento reiterado por nuestro país de las obligaciones impuestas por un tratado internacional, cabiendo recordar a este respecto que existe en España algún precedente persuasivo (del que cabría extraer más conclusiones, en relación con otros varios preceptos de la Carta Social Europea, también flagrantemente incumplidos por nuestro país), pues en el *Boletín Oficial del Estado* de 10 mayo 1991 consta la denuncia por parte del Reino de España de

¹⁵⁴ Véase *supra*, núm. 17.

¹⁵⁵ Cfr. apartado 2, párrafo primero.

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, núm. 21.

¹⁵⁷ Cfr. L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., pág. 101.

la letra b) del apartado 4 del artículo 8 de la Parte II de la Carta Social Europea¹⁵⁸.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO OLEA, M., «Los pactos de seguridad sindical. Algunas decisiones recientes», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 12 (1982).
- ARUFE VARELA, A., «La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2 (2011).
- «Derecho del Trabajo y crisis económica. La «Reforma Laboral Rajoy» del Derecho colectivo del Trabajo», *Anuario de Facultad de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinaria internacional*, núm. 16 (2012).
 - «La actualidad del tema de los pactos de seguridad sindical en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. A propósito del caso Friedrichs v. California Teachers Association (2016)», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. VIII (2016).
 - «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial de los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2017).
- BAYLOS GRAU, A.P., «El arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga en servicios esenciales (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, Sala Segunda de lo Contencioso-administrativo, de 19 de diciembre de 1987)», *Poder Judicial*, núm. 11 (1988).
- «El derecho de huelga», en el vol. *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Madrid, 2003).
- CABEZA PEREIRO, J., *El descuento de la cuota sindical*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2002).
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Tecnos (Madrid, 1990).
- GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Posición jurídica y dimensión política*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1987).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *La adhesión al convenio colectivo*, EGAP (Santiago de Compostela, 1997).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Primeras experiencias jurisprudenciales de la prioridad aplicativa del convenio de empresa», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 176 (2015).
- MARGUÉNAUD, J.-P. y MOULY, J., «Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique», *Droit Social*, núm. 4 (2013).
- MARÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J., «El diálogo judicial entre el TJUE y el TEDH: Algo más que el derecho a la última palabra en el triángulo judicial europeo», en el vol. *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales. XVIII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2013).
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, I., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Explicaciones, concordancias y jurisprudencia», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 12 (2007).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «Sobre la efectividad real, supuesta su constitucionalidad, de los topes impuestos por los presupuestos del Estado al crecimiento de las retribuciones del personal empleado en el sector público. Comentario a la Sentencia 171/1996, de 30 de octubre», en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y Seguridad Social*, t. XIV, Civitas (Madrid, 1997).
- «Medidas de flexibilidad interna», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 100 (2012).
 - y ARUFE VARELA, A., «El derecho de acceso de los representantes sindicales ajenos al centro de trabajo (*das Zugangsrecht durch betriebsfremde Gewerkschaftsbeauftragte*) a las instalaciones del propio centro de trabajo. Un análisis comparativo de la jurisprudencia alemana, española y federal norteamericana», *Relaciones Laborales*, núm. 23-24 (2009).
 - *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016).
- NAVARRO NIETO, F., *La representatividad sindical*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (Madrid, 1993).
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «Un nuevo arbitraje obligatorio para la huelga», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 36 (2017).
- PARDELL VEÀ, A., *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea*, Bosch (Barcelona, 1989).

¹⁵⁸ Al respecto, véase A. ARUFE VARELA, «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial de los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2017), pág. 572.

- SANGUINETTI RAYMOND, W., «La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa», *Trabajo y Derecho. Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 21 (2016).
- SEMPERE NAVARRO, A.V., «Presupuestos del arbitraje obligatorio para finalizar la huelga Comentario a la STS-Cont.-Adm. De 6 junio 2007», *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, núm. 6 (2008).
- TEIXEIRA ALVES, L., *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014).
- VÁZQUEZ VÁZQUEZ, F., *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Atelier (Barcelona, 2018).
- VEGA LÓPEZ, J.J., «El arbitraje «obligatorio» que pone fin a la huelga», *Temas Laborales*, núm. 70 (2003).
- DE LA VILLA GIL, L.E., «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 32 (2001).
- VIZCAÍNO RAMOS, I., «Las fuentes internacionales mundiales reguladoras del Derecho Sindical y su localización a través de Internet», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, vol. 14 (2010).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD

RESUMEN

Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea tratan, respectivamente, de la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva, habiéndose incorporado al ordenamiento interno español el 5 de junio de 1980. A efectos de su interpretación, resulta clave el denominado «Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales», localizable –al igual que todos los materiales oficiales relativos a la Carta Social Europea– en el utilísimo portal en Internet del Consejo de Europa, aunque se trate de un material que ha quedado –por razón de su fecha– un poco anticuado. Siempre en relación con dichos artículos 5 y 6, en el mismo aparecen citadas no solamente «Conclusiones», sino también «Decisiones», lo que no extraña, pues la «jurisprudencia» del Comité Europeo de Derechos Sociales es una y la misma, ya se establezca por la vía del procedimiento de control de informes gubernamentales, ya por la vía del procedimiento de examen de quejas colectivas. Ahora bien, lo que verdaderamente extraña es que en dicho «Digesto» no aparezca citada ni una sola decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La extrañeza es consecuencia del hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos regula expresamente –al igual que la Carta Social Europea– la libertad sindical, en su artículo 11, cabiendo conjeturar que ello se debe a que el órgano de control de la Carta Social Europea no quiere verse atado por una jurisprudencia, aunque tenga auténtica naturaleza «social», cuya elaboración queda totalmente fuera de su radio de influencia (por lo demás, la misma conjetura podría aplicarse *mutatis mutandis* al Tribunal de Justicia de la Unión Europea). En el plano *ad extra*, estas tensiones entre los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, de un lado, y el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del otro, se reflejan en el impacto divergente que han tenido los dos primeros preceptos, en cuanto que fuente inspiradora de sus equivalentes en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Dado que nuestro país no ha ratificado ni el «Protocolo de Modificación» de 1991, ni el «Protocolo Adicional a la Carta Social Europea estableciendo un sistema de quejas colectivas» de 1995, ni tampoco la Carta Social Europea revisada de 1996, no queda más remedio que concluir que el *pendant* procedimental de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea de 1961 siguen siendo los artículos 21 a 29 de esa versión originaria de la Carta. Estos preceptos regulan el procedimiento tradicional del control del cumplimiento por los Estados de los preceptos de la Carta Social Europea, llamado «procedimiento de examen de informes», que precipita –tras el examen en cuestión– en las correspondientes «conclusiones» adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sobre esta base, el material clave para calibrar el cumplimiento o no por España de los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea son las «conclusiones» específicamente elaboradas para nuestro país por parte del Comité Europeo de Derechos Sociales, siguiendo los trámites procedimentales a que acabo de aludir, cuya periodicidad siempre ha sido idéntica. Desde un punto de vista cuantitativo, el material jurídico a analizar abruma, de un lado, porque está integrado por veinticuatro «conclusiones» (doce correspondientes al artículo 5, y otras doce al artículo 6) de periodicidad tendencialmente bienal, hasta el año 2006 (más en concreto, correspondientes a los años 1984, 1986, 1988, 1990, 1992, 1993, 1995, 1998, 2000, 2003, 2005 y 2006); y de otro lado, una vez aplicado el vigente «Calendario del Sistema de Informes» de 2006 –de acuerdo con el cual «cada disposición de la Carta es objeto de informe una vez cada cuatro años»–, porque a esas veinticuatro «conclusiones» habría que añadir otras cuatro más (de nuevo, dos relativas al artículo 5, y otras dos al artículo 6), correspondientes ahora a los años 2006 y 2010. De ahí que haya tenido que autoimponerme la aplicación de unas pautas metodológicas comunes a ambos preceptos, que me han obligado a centrarme sólo en las «conclusiones» de no conformidad de nuestro ordenamiento interno con los artículos 5 y 6 de la Carta.

En toda la serie de «conclusiones» relativas al artículo 5, sólo hay una de incumplimiento relativa a España, que se produjo en 2010, aunque aparece ya convertida en otra de cumplimiento –tras haber suministrado nuestro Gobierno la información pertinente– en las «conclusiones» correspondientes a 2014. En cambio, respecto del artículo 6 de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha detectado hasta tres incumplimientos distintos. Respecto de dos de ellos, cabe pronosticar razonablemente que las «conclusiones» de 2018 contendrán nuevos juicios de incumplimiento por parte de España. De un lado, porque permanece incólume el poder empresarial de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo pactadas en acuerdos de empresa, dado que el artículo 41 del nuevo Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, sigue reproduciendo el mismo tenor de la norma censurada por el Comité Europeo de Derechos Sociales. De otro lado, por causa del incumplimiento contumaz por parte de España de las obligaciones que impone el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea, en relación con el arbitraje obligatorio para poner fin a determinado tipo de huelgas, dado que el tenor del artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, sobre Relaciones de Trabajo, permanece petrificado después de haber sido convalidado por la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981. Si se confirman en 2018 estas dos «conclusiones» de incumplimiento, creo que razonablemente se abren al Gobierno español dos posibilidades de actuación distintas. En primer lugar, la pasiva de no hacer nada o de mirar para otro lado, respecto de la cual hay ejemplos innúmeros (e incluso, extraordinariamente escandalosos) en el plano del Derecho comparado. En segundo lugar, la activa o positiva –supuesto que España no parece tener la voluntad de cumplir integralmente las exigencias impuestas por el apartado 4 del artículo 6 de la Carta Social Europea– de proceder a denunciar parcialmente el contenido de dicho concreto precepto, por no parecer jurídicamente admisible el incumplimiento reiterado por nuestro país de las obligaciones impuestas por un tratado internacional.

Palabras clave: Carta Social Europea; España; Libertad sindical; Negociación colectiva; Incumplimientos parciales.

ABSTRACT

Articles 5 and 6 of the European Social Charter deal respectively with freedom of organization and the right to collective bargaining, having been incorporated into Spanish domestic law on June 5, 1980. For the purposes of its interpretation, the so-called «Digest of jurisprudence of the European Committee of Social Rights» is key, and can be found –like all official materials related to the European Social Charter– in the very useful Internet portal of the Council of Europe, although it is a material that has been –due to its date– a little outdated. Always in relation to the aforementioned articles 5 and 6, not only «Conclusions» but also «Decisions» are cited therein, which is not surprising, since the «jurisprudence» of the European Committee of Social Rights is one and the same, it is either established through the procedure of control of governmental reports or through the procedure of examination of collective complaints. However, what is really strange is that in such «Digest» there is not even a single decision from the European Court of Human Rights being mentioned. This strangeness is a consequence of the fact that the European Convention on Human Rights expressly regulates –like the European Social Charter– freedom of organization, in its article 11, and one may speculate on the fact that this is due to the control body of the European Social Charter which does not want to be bound by a jurisprudence, although it has an authentic «social» nature whose elaboration is totally outside its scope (otherwise, the same conjecture could be applied *mutatis mutandis* to the Court of Justice of the European Union). At *ad extra* level, these tensions between articles 5 and 6 of the European Social Charter, on the one hand, and article 11 of the European Convention on Human Rights, on the other, are reflected in the divergent impact that the first two precepts have had as an inspiring source of their equivalents in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

Since our country has not ratified either the «Amendment Protocol» of 1991, the «Additional Protocol to the European Social Charter establishing a system of collective complaints» of 1995, or the revised European Social Charter of 1996, we can only conclude that the procedural *pendant* of articles 5 and 6 of the European Social Charter of 1961 are still articles 21 to 29 of that original version of the Charter. These precepts regulate the traditional procedure of control of compliance by the States of the precepts of the European Social Charter, called «procedure of examination of reports», which precipitates –after the referred examination– in the corresponding «conclusions» adopted by the European Committee of Social Rights. On this basis, the key material to gauge compliance or not of articles 5 and 6 of the European Social Charter by Spain is the «conclusions», which are specifically developed for our country by the European Committee of Social Rights, following the procedural steps that I have just mentioned and whose periodicity has always been identical. From a quantitative point of view, the legal material to be analysed is overwhelming; on the one hand, because it is composed of twenty-four «conclusions» (twelve corresponding to article 5, and another twelve to article 6) of biennial periodicity, until 2006 (more specifically, corresponding to the years 1984, 1986, 1988, 1990, 1992, 1993, 1995, 1998, 2000, 2003, 2005 and 2006); and, on the other hand, once the current «Reporting System Calendar» of 2006 has been applied –according to which «each provision of the Charter is reported once every four years»– because four more conclusions (again, two related to article 5, and another two to article 6), corresponding now to the years 2006 and 2010, would have to be added to those twenty-four «conclusions». That is the reason why I have had to make use of common methodological procedures to both provisions, which have forced me to focus only on the «conclusions» of non-conformity of our domestic law with articles 5 and 6 of the Charter.

In the whole series of «conclusions» relating to article 5, there is only one of non-compliance related to Spain, which occurred in 2010, although it has already become a compliance one in the «conclusions» of 2014, after the relevant information was provided by our Government. Nevertheless, the European Committee of Social Rights has detected up to three different breaches in relation to article 6 of the Charter. According to two of them, it

can reasonably be predicted that the «conclusions» of 2018 will contain new default judgments by Spain. On the one hand, because the business power of unilaterally modifying the working conditions agreed in company agreements remains intact, given that article 41 of the new Workers' Charter Law approved by Royal Legislative Decree 2/2015 of October 23 continues to reproduce the same effect of the rule censored by the European Committee of Social Rights. On the other hand, due to the obstinate non-compliance of the obligations by Spain imposed by section 4 of article 6 of the European Social Charter in relation to compulsory arbitration in order to put an end to certain types of strikes, given that the wording of article 10 of Royal Decree-Law 17/1977 on Labour Relations remains petrified after having been validated by the Constitutional Court Decision no. 11/1981. If these two «conclusions» of non-compliance are confirmed in 2018, I believe that two different possibilities of action are reasonably opened to the Spanish Government. First, the passive way of doing nothing or looking the other way, about which there are countless (and even extraordinarily scandalous) examples in the Comparative Law field. Second, the active or positive way –assuming that Spain does not seem to have the will to comply fully with the requirements imposed by article 6, paragraph 4 of the European Social Charter– to proceed to partially denounce the content of that specific precept, because the repeated breach of the obligations by our country imposed by an international treaty does not seem to be legally admissible.

Keywords: European Social Charter; Spain; Union freedom; Collective bargaining; Partial non-compliance with.

Tratamiento de personas, instituciones y colectivos especialmente sensibles en la Carta Social Europea (arts. 7, 8, 16, 17 y 19) y su regulación en el ordenamiento jurídico español

Persons, institutions and special sensitive groups treatment in the European Social Charter (arts. 7, 8, 16, 17 y 19) and its regulation in the Spanish Law

JOSÉ LUIS SALIDO BANÚS*

1. INTRODUCCIÓN

Los artículos que se analizan en este trabajo tienen, en mi opinión, un común denominador y es que comparten una misma finalidad, pues todos tratan, no ya de mejorar un cierto grado de bienestar social, sino de establecer compromisos encaminados a dar protección a las personas e instituciones que por su especial condición están en una situación de mayor riesgo de exclusión social o pueden ser objeto de conductas deleznable basadas en la discriminación, el abuso o simplemente en el olvido. Igualmente se incluye un artículo, relativo a la protección de la familia tradicional, germen y semilla ineludible de la sociedad que, por diversidad de causas, tan abandonada se encuentra en la actualidad por los poderes públicos en la mayoría de países.

Por otra parte la lectura inicial de los artículos 7, 8, 16, 17 y 19 de la Carta Social Europea relativos al derecho a los niños y adolescentes a protección en general pero también en particular a la protección social jurídica y económica, al derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, el derecho de la familia a protección social, jurídica y económica y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia, no solo comprende las situaciones relacionadas estrictamente con el ámbito laboral, sino también otras de orden social, económico y aún político. Por razones obvias nos centraremos exclusivamente en los aspectos jurídico-laborales.

2. ARTÍCULOS TRATADOS

2.1. Artículo 7 CSE. Derecho de los niños y adolescentes a protección

2.1.1. Planteamiento general

Este primer artículo hace referencia a la protección del menor que, en nuestro ordenamiento jurídico está recogida en el artículo 39

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona. Académico de Número de la Real Academia Europea de Doctores.

CE, dentro de la más amplia protección reconocida a la familia. Existiendo además un conjunto de normas de desarrollo destinado a asegurarla. Entre otras, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Es importante destacar que la idea central de esta producción normativa es el interés superior del menor (art. 2 de la citada LO) el cual deberá ser definido y adaptado a las circunstancias de que se trate. Véase por ejemplo la STS 95/2018, de 20 de febrero (RJ 2018/573).

En el artículo de la CSE se comprenden hasta un total de 10 compromisos con la finalidad de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección de los niños, básicamente frente al mundo del trabajo: Desde la edad mínima de admisión al trabajo, hasta proporcionarles una protección frente los peligros físicos y morales especialmente de los derivados del trabajo.

2.1.2. Cuestiones específicas

En la interpretación de su **punto octavo**, relativo a *la prohibición del trabajo nocturno a los trabajadores menores de 18 años, excepto en empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales*, hay que tener en cuenta la previsión contenida en el Anexo I (ámbito de aplicación de la CSE revisada en lo que se refiere a las personas protegidas) en el sentido de que se dará por cumplido el compromiso si la Parte se atiene a su espíritu disponiendo en su legislación que la gran mayoría de menores de 18 años no serán empleados en trabajos nocturnos.

En este sentido España cumple con tal compromiso pues, al margen de la aplicación de los convenios de la OIT relativos al trabajo nocturno de los menores (79 y 90, ratificados ambos el 8 de abril de 1971), hay que tener en cuenta que el propio Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (TRET) ya prohíbe en su art. 6.2 de

forma taxativa que *«Los trabajadores menores de 18 años no podrán realizar trabajos nocturnos...»*.

En el ámbito sectorial habrá que recordar la prohibición expresa de realizar trabajo nocturno a los menores de 18 años en la marina mercante, recogida en la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre de Jornadas Especiales de Trabajo.

Con la citada normativa, que no admite excepciones, el Ordenamiento Jurídico español es más tuitivo, va más allá, no solo del compromiso contemplado en la CSE revisada, que sí admite excepciones, sino también de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

En cuanto al *punto primero* de este artículo, que mantiene la misma redacción que la CSE/61 *«Fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones...»*, es clara la posición protectora del ordenamiento jurídico español, al establecer, no en 15 años, sino en 16 la edad mínima de admisión al trabajo (art. 6.1 TRET).

No obstante es verdad, que el propio art. 6.4 del TRET autoriza, en relación con lo previsto en el art. 2 del RD 1435/1985 de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos, la participación en éstos, si bien con carácter excepcional, de menores de 16 años (sin límite inferior). Circunstancia que si bien es posible según la letra de la CSE, solo debería concederse en contadísimas ocasiones por los riesgos que, para la salud y la formación profesional y humana de los menores, entraña. Simplemente para comprender las cautelas que deben tenerse en tal tipo de autorizaciones, por el número importante de las que se conceden, señalar por ejemplo que la Consejería de Empleo de la Comunidad de Castilla y León entre 2010 y 2015 concedió 469 autorizaciones a menores para participar en series de televisión, largometrajes y espectáculos

públicos (www.20minutos.es consultado el 31 de marzo 2018).

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), establece en su art. 8.4 como sanción muy grave «*La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral*». Que puede significar la imposición de multas entre 6.251 y 187.515 euros.

También en el régimen legal del trabajo autónomo, el art. 9 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, titulado «Protección de menores» establece que los menores de 16 años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares.

El segundo cuarto y noveno de los compromisos contemplados en el artículo de referencia, cuya única diferencia con la CSE/61 es la introducción de una edad concreta frente a las fórmulas genéricas, tienen por objeto, o bien limitaciones de edad para el acceso a ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres (7.2 CSE), o en su caso limitaciones de jornada (7.4 CSE), o atenciones especiales en materia de salud, como son, por ejemplo controles médicos regulares (7.9 CSE).

En nuestro ordenamiento jurídico es en primer lugar el art. 6.2 del TRET el que prohíbe a los trabajadores menores de 18 años, realizar aquellas actividades u ocupar aquellos puestos de trabajo que el Gobierno a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (hoy de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social) previa consulta con las Organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos tanto para su salud como para su formación profesional y humana.

De hecho, esta prescripción legal, tiene su antecedente en el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprobó el «Reglamento de Trabajos Prohibidos a mujeres y menores por

peligrosos e insalubres» y que sigue vigente en la actualidad para los menores, después de su derogación para las mujeres por la Disposición Derogatoria única de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), hasta que el Gobierno establezca las limitaciones a la contratación de los jóvenes menores de 18 años en trabajos que presenten riesgos específicos a la luz de lo establecido en el art. 27.2 de la citada LPRL. Ley que, en ese art. 27, establece la obligación empresarial de evaluar el puesto de trabajo antes de que lo ocupe un menor de 18 años o, cuando ya ocupado por un menor, se produzcan modificaciones importantes de sus condiciones de trabajo, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad que pudiera presentar un riesgo susceptible al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

Actividades preventivas de las que dimanar responsabilidades, no solo desde un punto de vista teórico sino también en la práctica, en caso de incumplimiento como es de ver, entre otras, en la STSJ de Andalucía (Granada), de fecha 1 de julio de 2014 (JUR 2014/276959) y en la SAP de Barcelona 995/2003 de 19 de diciembre (AC 2003/1754) en la que en sus fundamentos jurídicos se lee: «*La diligencia que cabe exigir a cualquier persona es la adecuada a las circunstancias del caso, tiempo, lugar (art. 1104 CC) y tratándose de la diligencia exigible a los empresarios habrá que considerar también la observación de las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta sus características, la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. Así se desprende del régimen establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, que vino a garantizar a los trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad y salud en especial a los menores de edad (art. 27), de lo dispuesto en los arts. 40.2 y 45.1 de la Constitución, así como de los arts. 4.2 d), 5 b) y 19 del Estatuto de los Trabajadores.*

Por su parte el citado Decreto de 1957 (publicado en el BOE núm. 217, de 26 de agosto de 1957) y que como en él mismo se indica tiene su fundamento en una clasificación de la Inspección Nacional de Trabajo realizada al amparo de lo previsto en una Orden de 16 de enero de 1940 sobre estadísticas de accidentes, en relación con los trabajos prohibidos a menores distingue entre unas prohibiciones absolutas (art.1) de aquellas otras que mediante precauciones o ciertas condiciones pueden ser ejercidas por los menores (art. 2.

Tabla Relación Segunda). Estas últimas se organizan en grupos tanto del sector primario como secundario. La tabla especifica la actividad (columna A), sigue luego una columna relativa a la justificación de la prohibición (la B). Y finalmente una columna C en la que si no se indica nada, la prohibición prevista en la Columna A es completa. Si de forma contraria consta alguna indicación, quiere decirse que es esa la actividad específicamente prohibida.

Veamos un ejemplo:

Grupo I. Agricultura y ganadería		
A	B	C
Fumigación y lucha contra las plagas del campo por medio de materias tóxicas	Vapores tóxicos	---
.../...		
Grupo V,VI y VII. Metalurgia, trabajo del hierro y demás metales, máquinas, aparatos y vehículos		
Acumuladores eléctricos	Peligro de saturnismo	Talleres en que se desprenden vapores o polvos de plomo

Los grupos de referencia son: Grupo I Agricultura y Ganadería. Grupo II Industrias forestales. Grupo III Industrias extractivas. Grupo IV Trabajo de las piedras y tierras. Grupos V, VI y VII Metalurgia, trabajo del hierro y demás metales, máquinas, aparatos y vehículos. Grupo VIII Industrias químicas. Grupo IX Industrias de la construcción. Grupo X Industrias de la construcción. Grupo XI Industrias textiles. Grupo XII Industrias de la confección, vestido y tocado. Grupo XIII Industria de cueros y pieles. Grupo XIV Industrias de la alimentación, bebidas y tabacos. Grupo XV Industria del papel y cartón. Grupo XVI Artes gráficas. Grupo XVII Agua, gas y electricidad. Grupo XVIII Servicio de transporte y comunicaciones. Grupo XXI Servicios de higiene y limpieza. Grupo XXIV Otras industrias, trabajos y servicios.

Por lo que afecta a limitaciones referidas al tiempo de trabajo de los menores de 18 años, también nuestro ordenamiento jurídico-laboral tiene una cierta tradición, en la que

ahora no entraré pues no es el objeto de este trabajo, que en la actualidad se concreta principalmente en el entorno del TRET y concretamente en sus artículos 6, 34 y 37.

En efecto, el art.6.3 TRET, prohíbe la realización de horas extraordinarias a los menores de 18 años sin excepciones. Por su parte el párrafo 2º del punto 3º del art. 34 del mismo cuerpo legal, impide que los menores de 18 años puedan realizar más de ocho horas de trabajo diarias, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a formación. Tampoco se podría superar ese umbral si el trabajador menor prestara sus servicios para varios empleadores.

En relación con la formación debe indicarse que el art. 8 del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje (art. 11.2 del TRET) y se establecen las bases de la formación profesional dual, habida cuenta que este tipo de contrato está dirigido básicamente a los jóvenes establece que: «Los trabajadores

no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos previstos en el artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco podrán realizar trabajos nocturnos ni trabajos a turnos». Lo que supone igualmente una limitación al tiempo de trabajo de los menores.

También el citado reglamento y por lo que respecta al **apartado sexto de la CSE**, que propone que las horas que los menores dediquen a su formación profesional durante la jornada normal de trabajo con el consentimiento del empleador se considere que forman parte de dicha jornada, establece limitaciones al tiempo efectivo de trabajo, el 75% en el primer año y el 85% en el segundo y tercero, previsto en el correspondiente convenio colectivo. De esta forma se incluyen el tiempo de formación dentro de la jornada de trabajo.

Por otra parte, el art. 34.4 del TRET, establece que cuando se trabaje a jornada continuada y los afectados sean menores de 18 años, esta no podrá superar las cuatro horas y media, debiéndose establecer un periodo de descanso durante la misma no inferior a treinta minutos.

También el régimen de descanso semanal tiene en cuenta la protección de los menores al establecerse en el art. 37.1 TRET que la duración del descanso semanal de los menores de 18 años, será como mínimo, de dos días ininterrumpidos, frente al día y medio establecido para el resto de trabajadores.

Por lo que respecta al **apartado tercero** de la CSE, relativo a la prohibición de que los niños en edad escolar sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación, en idéntica redacción que la CSE/61, hay que señalar que la legislación española y de forma particular la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su art. 4º establece que la enseñanza básica obligatoria va desde los 6 a los 16 años, por lo que no es posible estar trabajando si se tiene la obligación de asistir a la escuela. En este sentido, España está alineada con el resto de países de la UE, de los cuales solo cuatro (Alemania,

Países Bajos, Portugal y Rumanía), tienen escolarización obligatoria por encima de los 16 años¹.

En relación con el **apartado quinto**, de igual redacción que la CSE/61, concerniente al derecho de los trabajadores jóvenes y de los aprendices a un salario equitativo, o, en su caso otra retribución adecuada, ya las *Conclusions XXI-2 – Spain – Article 7-5*, de HUDOC, para el período 2012-2015 señalan que España cumple con los estándares correspondientes (se entiende que a los establecidos en la CSE/1961). Lo cual tiene sentido, no solo para la Carta de 1961, sino también para el texto revisado, dada la regulación que en orden a los salarios se establece con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores (TRET) y de forma particular para los contratos de formación y aprendizaje en el art. 9 del precitado Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, en relación con el art. 11.2.g) del TRET. Todo ello sin tener en cuenta las mejoras que a este respecto establecen los convenios colectivos.

En la cuestión relativa a la exigencia que con respecto a la obligación de fijar una duración mínima de cuatro semanas para las vacaciones (una semana más que en la CSE/61), contemplada en el **punto séptimo de la CSE**, es evidente que a tenor de lo previsto en el art. 38 del TRET, en la redacción dada por la Ley 3/2012 de 6 de julio, cumple con las exigencias de la misma. Así lo constatan las *Conclusiones XX-4 – España – Artículo 7-7 del HUDOC*.

Por último, referente al **punto décimo de la CSE**, que se refiere a la necesidad de proporcionar a los niños y a los adolescentes una protección especial contra los peligros físicos y morales, especialmente contra aquellos que directa o indirectamente, deriven de su trabajo, cabe indicar que básicamente las protecciones que se exigen, que son las mismas que las propuestas en la CSE/61, tienen que ver en primer término con el delito de trata de

¹ Compulsory Education in Europe 2016/17. Rurydice.CE

seres humanos y por otro y de forma mucho más específica con la protección de los menores expuestos en la actualidad a ciberdelitos y seguridad en la red. En ambos casos, el Código Penal español (CP), según es analizado por la doctrina², ya contempla tipos que describen conductas ilícitas como el «*ciberbullying*», «*happy slapping*», o el «*stalking*» (art. 172 CP), el «*grooming*» (art. 183 ter CP) o el «*sexting*» (art. 197.7 CP), lo que no es óbice para que desde las familias y en diferentes niveles del desarrollo de los jóvenes y adolescentes se trate de formarles y de difundir entre ellos los riesgos que determinados usos de las redes y de internet pueden tener.

En este sentido, cabe destacar que el Instituto Nacional Cibernético de Seguridad (INCIBE), dependiente del Gobierno, puso en marcha en septiembre de 2017 un teléfono de auxilio para jóvenes y sus familias para recibir información sobre estos crímenes cibernéticos³.

Todo ello, sin perjuicio de las constataciones que sobre extensión de los servicios sanitarios a las víctimas de las tratas en virtud de lo previsto en el RD. 576 /2013, de 26 de julio, recoge el informe del Comité en sus Conclusiones XX-4 – España – artículos 7-10.

Queda pendiente por actualizar por parte del Gobierno, la existencia de planes para el tratamiento de los denominados «niños de la calle», que, aun teniendo una importancia social de primer grado, tiene difícil encaje en el ámbito laboral. No obstante las políticas sociales de CC.AA., Diputaciones y Municipios, tienen programas de asistencia a estos menores⁴.

² FEJTE TRAPIELLA, B. «La protección de menores en Internet». www.elderecho.com [Consulta efectuada en 6 de abril de 2018].

³ www.larazon.es [Consulta efectuada en 6 de abril de 2018].

⁴ Véanse por ejemplo el Programa Municipal y Control de Absentismo escolar del Ayuntamiento de Móstoles en www.mostoles.es/.../programa y también la Actuación en situaciones de desprotección de menores en el Ayuntamiento de Valdemoro en www.valdemoro.es [Consultas efectuadas en 8 de abril de 2018].

2.2. Artículo 8 de la CSE. Derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad

2.2.1. Planteamiento general

El artículo mantiene la misma estructura en la CSE que el que tenía en la CSE/61. Lo componen cinco puntos cuya finalidad es garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la maternidad.

El cambio sustancial que se opera en el contenido de algunos de los puntos es, en primer término, la sustitución de algunas referencias discriminatorias en cuanto a la igualdad de sexos para el acceso al trabajo, que son sustituidas por referencias específicas a la mujer embarazada. Y en segundo lugar la mejora en cantidad y calidad de los derechos ya reconocidos en la normativa anterior.

Indicar que en cualquier caso, las materias tratadas hacen referencia específicamente a dos elementos esenciales en las relaciones de trabajo que son: el tiempo de trabajo y la prevención de riesgos laborales.

Tiene todo el sentido que las realidades paterno-filiales en general, y la maternidad, en lo que ahora interesa, sean bienes merecedores de una especial atención por parte de los poderes públicos. Hay muchas razones para ello. Sin ninguna pretensión de exhaustividad tienen que ver con causas, entre otras, como la interdicción de la discriminación por razón de sexo, la incorporación de la mujer al mercado laboral, la mejora de la calidad de vida, las alarmantes tendencias demográficas, las nuevas necesidades socio-culturales, las desestructuraciones familiares, etc. En este sentido, España dio un paso decidido hacia adelante con la entrada en vigor de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre de conciliación de la vida familiar y laboral, que ha contribuido, sin ninguna duda, a alcanzar en buena medida los estándares propuestos por la CSE.

En este marco legislativo, si bien de manera indirecta, no puede olvidarse que además de la regulación nacional, también las CC.AA., en función y dentro de sus competencias, han regulado aspectos relacionados con el apoyo a la maternidad. Soló por citar algunas de estas disposiciones, a título de mero ejemplo, podemos hacer alusión a la Ley 4/2008, de 18 de diciembre de la C.A. de Castilla-León; a la Ley 11/2009, de 1 de diciembre de la Región de Murcia; a la Ley Foral 7/2005, de 16 de junio de la C. Foral de Navarra; o a la Ley 5/2010, de 23 de junio de la C.A. de Galicia.

2.2.2. *Cuestiones específicas*

El apartado 1 de este artículo propone garantizar a las trabajadoras, antes y después del parto, un descanso de una duración total de 14 semanas, como mínimo, sea mediante vacaciones pagadas, sea por prestaciones adecuadas de la Seguridad Social o por subsidios sufragados con fondos públicos. Es decir mantiene la misma redacción que la Carta del 61, pero incrementa las semanas de descanso que pasan de 12 a 14. Pues bien, partiendo de la base que el Comité en su informe Conclusiones XX-4 – España – artículo 8-1, ya determinó que España, para el período 2010-2013 cumplía con los estándares de la CSE/61 en relación con este derecho, indicar que también con las nuevas exigencias nuestro ordenamiento jurídico laboral y de Seguridad Social cumple con ellas.

En efecto. Tanto en el ámbito de las relaciones laborales ordinarias (art. 48.4 a 6 del TRET), como en las de carácter funcional (art. 49 a) y b) del Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP–, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), la duración de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica o gestación por sustitución, así como por adopción o acogimiento, será de 16 semanas ininterrumpidas, lo que nos sitúa dos semanas por encima del estándar requerido en la CSE, teniendo en cuenta que además en los

supuestos de partos múltiples o adopciones se amplía el descanso a razón de dos semanas más por cada hijo o menor adoptado, a partir del segundo.

La norma contempla además que los referidos períodos de descanso puedan ser disfrutados por uno o por ambos progenitores, adoptantes o acogedores, en régimen de jornada completa o a tiempo parcial.

Por otra parte la exigencia de que el descanso (suspensión del contrato de trabajo) cuente con una prestación pública durante su disfrute, también se cumple, a tenor de lo previsto en los arts. 177 y ss. del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS). Articulado que no solo contempla un subsidio para los supuestos generales, en los que como en la mayoría de regímenes de aseguramiento existen unos requisitos determinados para disfrutar de la prestación, sino que también en los arts. 181 y ss. del mismo cuerpo legal se establece una modalidad de subsidio especial (de carácter no contributivo) para aquellas trabajadoras que, cumpliendo todos los requisitos generales para ser beneficiarias del subsidio, no cumplan, sin embargo, con el requisito relativo al período mínimo de cotización.

Es conveniente recordar además, algunas de las mejoras que sobre la aplicación de este subsidio, establece el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, y su última actualización de 5 de enero de 2017, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural y en lo que ahora se analiza especialmente en sus arts. 8 y 9.

Así, se señala en el art. 8 que cuando el subsidio sea compartido, se abonará a cada beneficiario durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por cada uno de ellos. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

También se establece que la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, a la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. O que, en el supuesto de fallecimiento del hijo, la duración de la prestación económica no se verá reducida, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas posteriores al parto, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

Por otra parte el art. 9 facilita la opción de percepción del subsidio en favor del otro progenitor.

Con todo ello quiere decirse que no solo estamos ante la existencia de un descanso situado por encima del propuesto en la CSE, sino también acreedor de una prestación pública adecuada, que puede percibirse de formas variadas, incluso de manera compartida.

El apartado o punto segundo del artículo plantea que se considere ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante el periodo comprendido entre el momento en que comunique su embarazo a su empleador y el fin de su permiso de maternidad, o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante ese periodo.

El texto de la Carta de 1961, decía: «A considerar como ilegal que un empleador despidiera a una mujer durante su ausencia por permiso de maternidad o en una fecha tal que el periodo de preaviso expire durante esa ausencia».

Como es de apreciar el redactado de la CSE revisada, modifica algo su texto en relación con el texto de la CSE/61, concretando y ampliando el periodo en el que debe entenderse ilegal el despido de una mujer embarazada, aunque el fondo de la cuestión siga siendo el mismo.

En primer lugar, habrá que entender que tal como señala el Comité en su informe de Conclusiones XX-4 – España – artículo 8-2, de

abril de 2015, para el periodo 2010-2013, la ilegalidad no se predica para aquellos supuestos en que de acuerdo con su jurisprudencia el despido de la trabajadora obedece a una falta que justifique el rompimiento de la relación laboral, o al hecho de que la empresa deje de operar, o bien a la circunstancia de que haya prescrito el plazo de vigencia del contrato de trabajo. Jurisprudencia del todo razonable, pues no pueden quedar bajo el manto de una protección deseable, supuestos de ilicitud o de simple imposibilidad racional.

Por otra parte el Comité señala y entiende perfectamente que el despido discriminatorio por razones de licencia de maternidad está claramente prohibido por la legislación española, sin embargo se pregunta si es posible el despido en los supuestos del despido objetivo del art. 52 del TRET y en los casos del despido colectivo del artículo 51.

La respuesta, además de indicar que en efecto en la legislación española y de forma concreta en el art. 55.5 del TRET los supuestos de despido, teniendo como causa del mismo la maternidad y resto de supuestos especialmente protegidos son declarados nulos con los efectos previstos en el apartado 6 de dicho artículo, también hay que señalar que en efecto, si se dan las causas legales para extinguir los contratos de trabajo por causas objetivas de los arts. 51 y 52, ello es posible. Así, lo entiende el Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de julio de 2016 [ROJ. 3958/2016], cuando establece en sus razonamientos jurídicos: «Doctrina de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, en el que consta acreditado que, cuando sobreviene el despido objetivo, la actora estaba disfrutando de la baja por maternidad (dio a luz a un niño varón el 26/07/2013). Ahora bien, nos encontramos ante un despido que cumple los requisitos de forma y de fondo de acuerdo con lo establecido en el art. 51 ET y art. 122 y 124 de la LRJS, que por ello ha de ser declarado procedente».

Pues bien, a mayor abundamiento, la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de febrero de 2018, en

el asunto C-103/16 en la que dando respuesta a varias consultas prejudiciales formuladas por órganos de justicia españoles manifiesta que la Directiva 92/85⁵ no se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a una trabajadora embarazada en el marco de un despido colectivo sin comunicarle más motivos que los que justifican ese despido colectivo, siempre y cuando se indiquen los criterios objetivos que se han seguido para designar a los trabajadores afectados por el despido.

Igualmente en respuesta a otras dos cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional español⁶, el Tribunal de Justicia declara que la Directiva 92/85 no se opone a una normativa nacional que, en el marco de un despido colectivo, no establece ni una prioridad de permanencia en la empresa ni una prioridad de recolocación en otro puesto de trabajo, aplicables con anterioridad a ese despido, para las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en período de lactancia.

Así pues, la normativa española protege a la mujer embarazada y otras situaciones relacionadas con la maternidad, como son el riesgo durante el embarazo o el período de lactancia frente al despido, cuando esa situación protegida es la razón y causa de la extinción, pero no contempla ni prioridades de ocupación o permanencia (salvo que así se convenga en convenio colectivo) ni la declaración de nulidad para el despido realizado de conformidad con los supuestos legales. Lo que es avalado

⁵ – Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE) (DO 1992, L 348, p. 1).

– Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO 1998, L 225, p. 16).

⁶ Tribunal de Justicia de la Unión Europea COMUNICADO DE PRENSA n.º 15/18 Luxemburgo, 22 de febrero de 2018. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/201802/cp180015es.pdf> [Consulta efectuada en 7 de abril de 2018].

tanto por la jurisprudencia nacional como europea.

El tercer punto de la CSE, propone garantizar a las madres que críen a sus hijos el tiempo libre suficiente para hacerlo. El texto de la Carta revisada es el mismo que el de la CSE/61.

Si bien es cierto que no hacen falta demasiadas explicaciones para entender la necesidad de protección de ese tiempo libre, no lo es menos que completar el significado de «tiempo libre suficiente» como concepto jurídico indeterminado que es, no resulta nada fácil. Especialmente por el adverbio «suficiente». Dado que ni todas las madres tienen la misma concepción sobre la crianza de los hijos, ni todos los hijos requieren las mismas e idénticas atenciones para su crianza.

Sea como fuere, el informe del Comité de Conclusiones XX-4 – España – artículo 8-3, de abril de 2015, para el periodo 2010-2013, solo espera para concluir que España cumple con los estándares establecidos en la CSE/61, que son los mismos que en la CSE, que se le solicite información sobre si los permisos por lactancia de los funcionarios públicos son retribuidos. Y como quiera que la respuesta es afirmativa (art. 48.f) del EBEP) cabrá entender entonces que España cumple tales estándares.

No obstante es bueno recordar que a estos efectos la legislación española contempla, en el art. 37 del TRET, además del permiso de lactancia, el relativo a los hijos prematuros o a la reducción de la jornada diaria por guarda legal del menor hasta que cumpla los 12 años de edad. También el art. 46 del TRET contempla la posibilidad de que cualquier trabajador, no solo la mujer, pueda situarse en excedencia, con reserva del puesto de trabajo, por un periodo máximo de tres años, para atender al cuidado de cada hijo.

Igualmente la reciente doctrina del Tribunal Supremo, establecida en su Sentencia de 13 de febrero de 2018 [RJ 2018/790] sobre los permisos retribuidos por matrimonio, nacimiento de

hijo, y fallecimiento de familiar en el sentido de que comenzarán a disfrutarse el primer día laborable siguiente al del hecho causante, cuando este hecho sucediese en día no laborable, favorece esa disponibilidad de tiempo libre suficiente que demanda el artículo 8.3 de la CSE.

Por otra parte, no podemos dejar de recordar que abundante doctrina judicial ha favorecido esa disponibilidad de tiempo libre al tratar la concreción de la jornada en los supuestos de reducción por guarda legal previstos en el art. 37.5 del TRET. Entre otras las Sentencias del TSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 [AS 2018/97]; del TSJ de Galicia de fecha 9 de octubre de 2017 [AS 2017/1925] o del TSJ Canarias de 15 de diciembre de 2017 [AS 2017/2155].

Por lo que respecta al **apartado cuarto de la CSE** plantea la necesidad de regular el trabajo nocturno de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos.

Como es de ver, esta nueva propuesta difiere de la contenida en el apartado cuarto de la CSE/61 que planteaba de forma parecida la cuestión, pero dividiendo la solicitud de regulación en dos apartados a saber:

a) A regular el trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales.

b) A 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.

La nueva fórmula, envía a un apartado quinto el segundo de los supuestos y matiza, en ambos casos, que las regulaciones lo sean con base a la situación de embarazo, el puerperio o la crianza de los hijos, sorteando de esa manera cuestiones de igualdad en el desempeño de las actividades profesionales.

En este sentido, y en relación al acceso de mujeres y hombres, en pie de igualdad, a cualquier tipo de actividad, España ya derogó la parte concerniente a la prohibición de ciertos trabajos para las mujeres del Decreto de 1957 citado

más arriba, de conformidad con lo establecido en la letra b) de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 31/1995, 8 noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al tiempo que denunció este apartado del art. 8 de la CSE/61.

Igualmente cabe recordar que la STC 229/1992, de 14 de diciembre [RTC 1992/229] concedió el amparo a una trabajadora que reclamaba en igualdad de condiciones que los hombres y superadas las correspondientes pruebas de admisión, ocupar una plaza de ayudante de minero en HUNOSA, que le había sido denegada en la jurisdicción ordinaria.

Por lo que respecta a la cuestión sustancial de esta nueva propuesta de la CSE relativa a la regulación del trabajo nocturno de las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos, es lo cierto que el art. 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), ya cumple adecuadamente con esa pretensión y así lo reconoce el Informe del Consejo de Europa en sus Conclusiones XX-4 – España – artículo 8-4.

Pero es más, si analizamos la doctrina judicial atinente al caso, podremos comprobar la eficacia práctica de dicha norma, de la que son buen ejemplo, entre otras muchas, las sentencias de los Tribunales Superiores de Madrid, de fecha 2 de enero de 2016 [AS2016/390]; de Castilla-La Mancha de 31 de marzo de 2016 [AS 2016/1113]; de Madrid de fecha 28 de octubre de 2016 [JUR 2016/227088] y de Galicia de 14 de abril de 2015 [JUR 2015/116689].

Estas condiciones se aplican exactamente igual al personal funcionario en virtud de lo previsto en la LPRL y en el art. 14.1) del EBEP.

En la versión revisada de la CSE el **apartado quinto de este artículo** plantea «prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente, o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter, penoso e insa-

lubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger a estas mujeres en materia de empleo»

El cumplimiento de la primera parte de este punto, en lo que respecta a prohibir a las mujeres el acceso a determinados trabajos subterráneos con carácter general, aun estando embarazadas o en situación de riesgo por reciente maternidad o lactancia será difícil para España después de la derogación de la parte correspondiente a las prohibiciones para las mujeres contenidas en el «Reglamento de Trabajos Prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres» aprobado por el Decreto de 26 de julio de 1957, tal y como ya se ha expuesto con anterioridad.

Otra cosa es que con base legal en el art. 26 1 y 2 de la LPRL, para los diferentes casos, cuando se presenten, se entienda que dadas las obligaciones y consiguientes responsabilidades empresariales en materia de prevención de riesgos laborales, esa prohibición la tenga que tomar el propio empresario en virtud de su *deber in vigilando*. No podemos olvidar que en el ámbito preventivo de los riesgos laborales y de conformidad con lo previsto en el art. 14 de la LPRL, la deuda de seguridad que contrae el empresario le genera una «quasi» responsabilidad objetiva⁷. Así, la STSJ de Asturias de 14 de noviembre de 2017 [AS 2018/41], trae a colación aquella otra del TS de 8 de octubre de 2001 [RJ 2002/1424], que establecía «... el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran». En la misma línea la STSJ de Madrid, en su Sentencia de fecha 25 de enero de 2017 [AS 2017/160] establece que: «Tras la promulgación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre, en su artículo 14.2, establece que «en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...». En el apartado 4 del artículo 15 señala «que la efectividad de las

medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador». Finalmente, el artículo 17.1 establece «que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores». Del juego de éstos tres preceptos se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado».

En cuanto a la segunda parte del artículo: «...adoptar las medidas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo», creo que realmente está resuelta. En primer lugar por cuanto que la discriminación por razón de sexo está absolutamente prohibida en el ordenamiento jurídico español, tanto en el Texto Constitucional (art. 14), como en las normas de desarrollo del mismo ya sean estas orgánicas u ordinarias (art. 17 TRET); y en segundo lugar por el contenido específico del art. 26.2 y 3 de la LPRL. En efecto en los apartados citados se van desarrollando los distintos supuestos para proteger a la mujer en las citadas situaciones de embarazo, parto reciente o lactancia natural, que van desde el acondicionamiento del puesto de trabajo durante la situación de riesgo, hasta la suspensión del contrato de trabajo de conformidad con lo previsto en el art. 45.1.d) del TRET, que puede llevar aparejada una prestación de carácter público de conformidad con lo establecido en los artículos 177 y ss. del TRLGSS.

Salvado el primer escollo, todo parece indicar que España está en condiciones de superar el compromiso que establece la CSE.

2.3. Artículo 16 de la CSE. Derecho de la familia a protección social, jurídica y económica

2.3.1. Planteamiento general

El artículo en la CSE revisada es literalmente el mismo que ya contenía la CSE/61. El

⁷ SAGARDOY DE SIMÓN, I. Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor 2008.

Comité en sus Conclusiones XXI-2 – España – artículo 16, de agosto de 2017 concluyó que «la situación en España está en conformidad con el artículo 16 de la Carta de 1961». No obstante lo anterior reclama que el próximo informe que se emita «incluya el progreso de la reforma que trata de la consulta de las familias y sus representantes en la elaboración de las políticas familiares». Esa es a día de hoy la situación.

Dicho lo anterior, sería deseable que el citado artículo fuera mucho más concreto, pues las razones que pone de manifiesto para justificar el derecho a la protección de la familia, que sin duda se comparten, son excesivamente genéricas y difícilmente valorables cuantitativamente. Quiere decirse que sería necesario limitar algo más la discrecionalidad propositiva, porque con unas propuestas tan abiertas puede hacerse mucho y tener escasa valoración y contrariamente se puede hacer poco y tener una alta consideración de cumplimiento. Veamos un par de ejemplos: ¿Qué nivel de proyectos y de gasto debe alcanzar el fomento de la protección familiar para ser el idóneo? ¿Basta con anunciar una promoción de viviendas para cumplir con lo propuesto?

Si analizamos el informe del Consejo, veremos que lo que parece reclamarse de los Estados, es solo un derecho de consultas y de representación de las familias, la existencia de guarderías, la existencia de unos servicios de orientación familiar y servicios de mediación. Sin embargo, la protección de la familia no puede ser, no es, eso solamente.

En nuestro caso, en el de España, la protección a la familia se encuentra declarada en el artículo 39 CE: «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia» que da lugar, entre otros instrumentos jurídicos⁸, a la existencia de un

Plan integral para el apoyo de las familias, diseñado para el periodo 2015-2017 y aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015, con un coste económico que según se recoge en el mismo documento resulta ser el siguiente:

de género. – Ley 13/2005, de 1 de julio por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia. – Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (en esta Ley se incluye también en una disposición adicional la filiación de los hijos en parejas de mujeres). – Ley Orgánica de 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. – Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público – Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la renta de las Personas Físicas. – Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. – Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo (diciembre de 2007), ratificada por España en 2008. – Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. – Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. – Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. – Real Decreto-ley 1/2013, de 25 de enero por el que se prorroga el programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo y se adoptan otras medidas urgentes para el empleo y la protección social de las personas desempleadas. – Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, que modifica el régimen de tasas en la Administración de Justicia y el sistema de Asistencia Jurídica Gratuita. – Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social – Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. – Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa. – Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores. – Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. – Ley 26/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, y otras normas tributarias. – Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que regula el Programa de Activación para el Empleo. – Proyectos de ley de Protección a la Infancia y Adolescencia, aprobados por el Consejo de Ministros el día 20 de febrero de 2015. – Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

⁸ Piénsese por ejemplo que en el Plan de apoyo a la familia se han tenido en cuenta las siguientes normas:

– Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. – Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. – Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. – Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia

Línea estratégica	Años			
	2015	2016	2017	TOTAL
Protección social y económica	4.123.893.969	4.108.317.129	4.108.317.129	12.324.951.387
Conciliación y corresponsabilidad	6.325.323	6.505.323	6.265.323	19.095.969
Apoyo a la maternidad y entorno favorable a la vida familiar	179.800.685	231.352.685	329.952.685	741.106.055
Parentalidad positiva	4.000.531	4.027.931	3.927.931	11.956.393
Apoyo a las familias en situaciones especiales	1.075.986.720	1.075.065.092	1.075.065.092	3.225.296.904
Políticas familiares: coordinación, cooperación y transversalidad	4.118.300	4.046.300	4.046.300	12.210.900
TOTAL (Euros)	5.394.125.528	5.429.314.460	5.527.574.460	16.334.617.608

Así puede entenderse que el apoyo a las familias en el ámbito nacional es de alrededor cinco mil millones de euros por año.

No obstante, este Plan Nacional, tiene sus réplicas en algunas CC.AA. Así, el Gobierno de la Comunidad Foral de Navarra ha aprobado recientemente el II Plan Integral de Apoyo a la Familia, la Infancia y la Adolescencia *cuya aplicación se prolongará hasta 2023 con una inversión prevista de 233 millones de euros asentado en pilares como la prevención, la atención temprana, el trabajo comunitario, la garantía de ingresos a las familias con hijos, especialmente aquellas más vulnerables, con el objetivo de poner a la familia y la infancia en el centro de las políticas públicas.*

También la Comunidad Autónoma de Madrid estableció y tiene vigente su Plan de Ayuda a la Familia con vigencia 2015/2018, con unas líneas estratégicas muy similares a los del Plan Nacional. Lo mismo sucede con las Comunidades Autónomas de Andalucía y Galicia.

2.3.3. Cuestiones específicas

Por otra parte habrá que tener en cuenta, que la concreción de algunas políticas del citado Plan de Apoyo a las Familias se encuadran en la Seguridad Social y en la denominada

Asistencia Social y Servicios Sociales, competencia básicamente de las CC.AA.

Por lo que a la Seguridad Social se refiere, las prestaciones familiares que se contemplan son básicamente de carácter no contributivas y se recogen en el artículo 351 del TRLGSS enumeradas de la siguiente forma: 1ª) Una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. 2ª) Una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad. Y, 3ª) Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Por su parte el Capítulo XV del Título II del TRLGSS, recoge en los arts. 235 a 237, una serie de prestaciones que bajo el nombre de Protección a la Familia contemplan una serie de prestaciones contributivas, consistente en una especie de *fictio legis* consistente en dar por cotizados a los efectos de cómputos temporales para la percepción de determinadas prestaciones, períodos que por diversas razo-

nes (situaciones protegidas) no lo han sido. Así, el art. 235 recoge para los supuestos de jubilación e incapacidad permanente una serie de días asimilados a cotización por parto. El art. 236 contempla unos beneficios por cuidados de hijos o menores y finalmente el art. 237 establece que los periodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores, de acuerdo con el art. 46.3 del TRET disfruten, tendrán la consideración de periodo de cotización efectiva. A todo ello hay que añadir las prestaciones contributivas y no contributivas a las que se ha hecho referencia al tratar las cuestiones relativas a la protección de la maternidad, los niños y adolescentes.

Así pues, todo apunta a que con este conglomerado importante de situaciones protegidas, España supere el estándar solicitado en la CSE.

2.4. Artículo 17 de la CSE. Derecho de niños y adolescentes a la protección social, jurídica y económica

2.4.1. Cuestiones generales

Visto el texto revisado de la CSE en comparación con el precedente de la CSE/61 destacan inicialmente los cambios operados no solo en cuanto a las referencias a los sujetos protegidos, sino también la propia estructura del artículo.

En efecto en aquel inicial texto se decía: *«Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las madres y los niños a una protección social y económica, las partes contratantes adoptarán cuantas medidas fueren necesarias y adecuadas a ese fin, incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados».*

Así pues, la primera diferencia entre ambos textos es que la carta del 61, tanto en su título como en su contenido, se hacía referencia a las *«madres y a los niños»* como sujetos a proteger, desde un punto de vista social y eco-

nómico; mientras que la CSE revisada elimina la referencia a las madres, seguramente porque ya la maternidad es objeto de tratamiento específico en el art. 8º CSE, pero incluye a los adolescentes junto a los niños, ampliando el objeto de la protección que pasa a ser social, jurídica y económica.

La segunda diferencia notable es la estructura del artículo. De estar integrada por un único párrafo y ser muy genérica en sus planteamientos protectores, pasa a tener un primer párrafo de justificación y luego dos puntos. El primero, a su vez subdividido en otros tres apartados y el segundo con un único apartado.

En la justificación inicial, que sirve para orientar la protección requerida, se indica que la finalidad de la misma es garantizar que el medio en el que crezcan los niños y adolescentes, favorezca el pleno desarrollo de su personalidad y de sus aptitudes físicas y mentales. Para ello plantea que se tomen las medidas necesarias bien desde los poderes públicos o en colaboración con organizaciones privadas, para favorecer el entorno –el medio– adecuado, que evite o palíe, en la medida de lo posible, situaciones de penuria de niños y adolescentes. Así pues, en el punto primero se hace referencia al compromiso de disponer lo necesario para crear o mantener instituciones o servicios adecuados

Es decir, hay una concreción de las situaciones que de manera específica deben ser objeto de protección. Todo ello desde una vertiente social y económica, no vinculada a aspectos laborales, por lo menos de forma directa.

2.4.2. Cuestiones específicas

Si tenemos en cuenta el informe de conclusiones del Consejo de 2015 Conclusiones XX-4 – España – artículo 17, para el período 2010-2013, podremos observar como en el mismo y en relación con la CSE/61 se centra en determinados aspectos de la protección de los delincuentes juveniles en cuanto a su derecho a la

educación, a la atención de la violencia en las aulas, o a aspectos vinculados con la violencia ejercida sobre los menores.

Sin duda el maltrato infantil como expresión máxima de desamparo y desprotección, es un problema social y de salud de primer orden. Por ello, se promulgó en España la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En ella se establecen las actuaciones que deben llevar a cabo los poderes públicos en los casos de desprotección social del menor. A esta legislación básica hay que añadir la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Además, se ha operado la modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia. Guía para profesionales y agentes sociales y se ha editado una Tabla comparativa de normas modificadas por la citada Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio (BOE 23 julio), de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Es importante destacar que para tener un diagnóstico certero de la situación se debe tener una información fidedigna de lo que realmente está sucediendo. En este último aspecto cabe destacar que en la actualidad al margen de los archivos centrales de los servicios de Protección de Menores, existen registros en todas las CC.AA. A este respecto, el estudio sobre la materia realizado por David Saldaña, Jesús Jiménez & Alfredo Oliva (2014)⁹, pone de manifiesto que de los archivos revisados entre 1991 y 1992 se detectaron 8.565 niños y niñas maltratados, lo que supone una media anual del 0,44 por mil de la población infantil española. La mayor par-

te de los menores se veían afectados por la Negligencia (79,1%). El Maltrato Emocional (42,5%) y el Maltrato Físico (30,1%) suponen el segundo y tercer tipo más frecuentes, respectivamente. La cifra de niños maltratados, por otro lado, es ligeramente superior a la de niñas (52,3% y 47,7%, respectivamente). No obstante la realidad de estas desgraciadas cifras, hay que tener presente la advertencia de Palacios J. cuando en su artículo «Los datos del maltrato infantil en España: Una visión de conjunto» señala que: «*Los datos de la magnitud del problema de los malos tratos infantiles en España [...] se discuten aquí en una visión de conjunto en la que se resaltan tanto las semejanzas existentes entre unos datos y otros, cuanto las diferencias que también hay entre ellos. Se pone un especial énfasis en señalar la diferente naturaleza de los datos en función de cuáles sean las fuentes de información y cuáles los procedimientos utilizados para hacer estimaciones o proyecciones para toda la población infantil*». Lo que sugiere una cierta dosis de prudencia a la hora de determinar la realidad social de estas terribles situaciones, contra las cuales no cabe tregua o relajación de actuaciones.

En esa dirección apunta el hecho de que, el Ministerio de Sanidad, a través del Observatorio de la Infancia¹⁰, publique anualmente el Boletín de datos estadísticos de medidas de protección a la infancia (datos 2016), de los que con relación al maltrato señala dos aspectos destacables: «*Por una parte, el tipo más frecuente, destacándose muy por encima de los demás, es la negligencia; que representa casi el 50% del total de notificaciones. Por otra parte, este dato se cumple en la práctica totalidad de operadores de CC.AA., con la excepción significativa de las Islas Baleares*». La información para extraer estas conclusiones parciales sobre el maltrato se ponen de manifiesto en el número 19 y para el citado año 2016, que recoge la siguiente tabla comparativa:

⁹ Child abuse in Spain: A study of child protection services' files, *Infancia y Aprendizaje*, 18:71, 59-68, DOI: 10.1174/02103709560575488

¹⁰ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Centro de publicaciones: <http://publicacionesoficiales.boe.es>

Comparativa CCAA - Tipos de maltrato

	Comparativa CCAA - Tipos de maltrato										
	Abuso sexual			Emocional			Físico			Negligencia	
	Abs.	Tasa		Abs.	Tasa		Abs.	Tasa		Abs.	Tasa
Andalucía	4.542	137	8,4	1.559	95,4	1.072	65,6	1.774	108,6	108,6	
Aragón	605	23	10,3	182	81,3	100	44,7	300	134,1	134,1	
Asturias	263	16	11,7	21	15,3	62	45,2	164	119,6	119,6	
Baleares	1.452	260	125,5	475	229,2	476	229,7	241	116,3	116,3	
Canarias	1.293	10	2,8	482	133,0	135	37,3	666	183,8	183,8	
Cantabria	853	15	16,0	224	238,8	95	101,3	519	553,3	553,3	
Castilla y León	1.314	34	9,5	440	123,4	195	54,7	645	180,9	180,9	
Castilla-La Mancha	162	24	6,4	17	4,5	53	14,1	68	18,0	18,0	
Cataluña	2.555	151	10,9	53	3,8	800	57,5	1.551	111,4	111,4	
C. Valenciana	680	57	6,4	199	22,3	185	20,8	239	26,8	26,8	
Extremadura	1.275	0	0,0	492	267,7	16	8,7	767	417,4	417,4	
Galicia	SD	SD	---	SD	---	SD	---	SD	---	---	
Madrid	1.481	41	3,4	368	30,6	207	17,2	865	71,8	71,8	
Murcia	377	30	9,8	80	26,2	59	19,3	208	68,1	68,1	
Navarra	115	11	9,2	27	22,6	26	21,8	51	42,7	42,7	
País Vasco	984	11	3,0	82	22,5	10	2,7	881	241,3	241,3	
La Rioja	82	7	12,7	32	58,1	26	47,2	17	30,9	30,9	
Ceuta	37	0	0,0	4	19,0	12	57,1	21	99,8	99,8	
Melilla	44	1	4,2	15	63,2	6	25,3	22	92,7	92,7	
TOTAL	18.114	828	10,4	4.752	59,8	3.535	44,5	8.999	113,2	113,2	

El punto 2 de este art. 17 de la CSE, propone la garantía para los niños y adolescentes de una educación primaria y secundaria gratuita, así como fomentar la asistencia regular a la escuela.

A esta cuestión se ha hecho referencia al tratar sobre los derechos de los menores y adolescentes en el apartado 3º del art. 7 de la CSE.

Conviene recordar no obstante, que es una obligación de los padres la escolarización de los hijos, teniendo en cuenta las diversas formas de escolarizar, incluida la de los «*homeschoollers*» y la libertad de enseñanza que recoge el art. 27 CE. Obligación que es impuesta incluso por la vía penal de conformidad con lo previsto en el art. 226 CP¹¹ que castiga entre otras conductas, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, entre los que se encuentra este de la escolarización. En este sentido se expresa, entre otras

muchas¹², la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 21 de noviembre de 2016 [JUR 2016/272288] cuando al confirmar la Sentencia de un Juzgado Penal de Burgos con desestimación del correspondiente recurso afirma: «...*cabe indicar, que nos encontramos ante un caso de absentismo escolar grave y prolongado en el tiempo (en relación con dos cursos escolares y con respecto a dos Centros Escolares diferentes), sin que el padre pueda justificar su postura omisiva en su desconocimiento al respecto...*».

Cuestión preocupante, vinculada con la anterior, pero que no tiene demasiado reflejo en los informes del Consejo en relación con las garantías sobre todo de los de los adolescentes a la protección, es la atinente al abandono educativo una vez superada la fase obligatoria y en el que desgraciadamente nuestro país ocupa un lugar destacado, como advierte el estudio realizado por el Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas (IVIE)¹³.

¹¹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹² SAP de Cáceres de 28 de septiembre [ARP 2016/1275]; SAP de Zamora de 18 de marzo de 2016 [2016/101185] y SAP Islas Baleares de 21 de septiembre de 2015 [JUR 2015/241970].

¹³ www.mecd.gob.es [Consulta efectuada en 13 de abril de 2018].

CUADRO. TASA DE ABANDONO TEMPRANO DE LA EDUCACIÓN POR COMUNIDAD AUTÓNOMA. 2000-2012

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Andalucía	35,5	35,3	36,8	38,2	39,2	37,9	38,1	37,3	38,5	37,5	34,7	32,5	28,8
Aragón	21,9	20,8	27,0	24,0	23,5	23,0	26,0	26,0	25,6	25,1	23,7	22,7	20,4
Asturias	21,8	19,8	22,4	28,6	26,3	20,1	23,2	22,5	19,7	21,1	22,3	21,9	19,4
Baleares	42,0	40,7	40,3	41,4	42,5	39,3	36,5	43,1	43,2	40,8	36,7	30,7	30,1
Canarias	34,1	36,9	33,0	32,7	33,5	30,5	34,5	36,3	34,1	31,3	30,4	31,5	28,3
Cantabria	22,8	24,2	26,2	29,1	26,3	21,8	23,6	25,3	22,8	23,9	23,9	21,2	14,0
Castilla y León	21,6	22,9	22,8	24,4	23,3	25,7	23,8	23,5	26,0	27,0	23,3	27,3	21,5
Castilla-La Mancha	35,8	36,4	36,5	36,2	37,0	36,5	38,6	37,2	38,1	34,4	33,2	31,6	26,9
Cataluña	29,1	30,1	31,2	33,9	34,0	33,1	28,6	31,6	33,2	31,9	29,0	26,0	24,0
C. Valenciana	32,7	35,8	36,0	36,0	35,6	32,1	31,5	31,6	33,1	32,8	29,2	27,4	26,9
Extremadura	41,0	37,9	38,2	36,9	39,7	37,0	35,9	34,3	33,6	34,5	31,7	29,6	32,2
Galicia	29,2	27,5	26,9	25,0	24,3	23,0	24,9	23,9	24,1	26,0	23,1	20,8	23,1
Madrid	19,6	20,8	23,7	22,6	25,4	26,0	26,0	25,8	26,9	26,3	22,3	19,8	22,2
Murcia	39,2	37,7	38,7	42,0	42,8	39,4	38,7	39,6	41,0	37,3	35,5	30,7	27,7
Navarra	16,4	17,9	21,6	20,8	21,2	18,4	13,5	17,1	19,2	19,8	16,8	12,0	13,3
País Vasco	14,7	14,7	13,2	15,8	13,4	14,5	14,5	14,3	14,7	16,0	12,6	13,0	11,5
Rioja	26,1	27,0	27,3	34,7	35,0	29,0	27,1	30,3	37,2	32,7	28,1	30,2	22,8
Ceuta y Melilla	37,5	32,2	36,1	40,8	41,3	44,4	47,0	49,2	42,1	36,0	40,7	32,2	37,0
España	29,1	29,7	30,7	31,6	32,0	30,8	30,5	31,0	31,9	31,2	28,4	26,5	24,9

Fuente: INE.

La preocupación por esta situación, como indica el propio estudio, *«se explica por los previsibles efectos negativos del abandono en términos de inserción en el mercado de trabajo y carrera laboral futura de las personas que abandonan, pero también en otros ámbitos donde un mayor nivel de formación está asociado a resultados en términos de mejor salud, mayor esperanza de vida, mejor calidad de vida, menor criminalidad, mayor difusión y prevalencia de los valores democráticos o una más intensa participación social»* (Lochner y Moretti 2004; Heckman y Lafontaine 2010; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, OCDE 2012).

Por otra parte el hacer referencia a esta cuestión, como se podría hacer alusión a otras muchas, explica las múltiples caras de las garantías protectoras posibles, de ahí la insistencia en reclamar su concreción a los efectos de su evaluación.

No obstante lo anterior, tanto por su legislación básica, como por el seguimiento y permanente actualización de las políticas relativas a la protección de los niños y adolescentes, incluso a través de una legislación coercitiva en relación con el cumplimiento de las obligaciones dirigidas a tal fin, podría entenderse que España está en condiciones de superar las exigencias generales de este artículo.

2.5. Artículo 19. Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia

El propósito de este artículo como indica su breve preámbulo es garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier otro país [Parte]. Su estructura y contenido son los mismos que los de la CSE/61 con dos apartados nuevos, el 11 y 12 dedicados a promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida o, en caso de existir varias, de una de ellas a los trabajadores migrantes y a los

miembros de su familia; y a promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste. Esta última, como es de ver, de carácter estrictamente posibilista.

Sin otras referencias a la migración que las que contiene el artículo, habrá que entender que este se refiere a las personas procedentes de países terceros fuera del ámbito de la Unión Europea, toda vez que los ciudadanos UE tienen en toda la Unión los mismos derechos, por lo menos en los términos en que se expresa este art. 19 CSE, tal como se desprende del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero de entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

2.5.1. Cuestiones generales

Hay que poner de manifiesto en primer término que la Constitución Española en su art. 13 establece que: *«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley»*. Y siguiendo esta previsión de la Norma Fundamental el citado artículo se desarrolla por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Extranjería, que a su vez encuentra desarrollo reglamentario en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, Reglamento de Extranjería.

También con la colaboración del Fondo Social Europeo, el Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales (ahora de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social) y Equal, se ha venido trabajando en estas materias, lo que se pone de manifiesto en la publicación sobre *«Buenas Prácticas y Recomendaciones para la Lucha contra el Racismo y la Xenofobia en el Mercado de Trabajo»* (Nipo: 201-04-145-9)

Se trata esta materia, nacionalidad, extranjería, inmigración, emigración y derecho de asilo, a salvo la regulación de la UE sobre la misma, de una competencia exclusiva del

Estado, de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.2ª. de la CE, lo que no significa que determinadas cuestiones de las que se contemplan en el artículo estén transferidas a las CC.AA. (enseñanza de la lengua, servicios sanitarios y médicos, etc.) o hayan sido delegadas con carácter provincial a los subdelegados del Gobierno en materia de extranjería (v.gr. Resolución de 6 de marzo de 2017 del Ministerio de Presidencia y para las Administraciones Territoriales).

Por otro lado, todo parece apuntar que las acciones que deban emprender los Estados para garantizar determinados derechos a los inmigrantes se refieren a los supuestos de inmigración legal. Así, en el apartado primero se dice «*en tanto que lo permitan las leyes y reglamento nacionales...*». En el cuarto se señala que las garantías lo son para «*los trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio...*»; en los mismos términos se expresan los apartados quinto, séptimo y octavo de la CSE.

2.5.2. Cuestiones específicas

En cuanto al primer apartado del artículo se refiere, consistente en «mantener o cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores y particularmente para suministrarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las leyes y reglamentos nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración e inmigración», el informe de Conclusiones XX-4 – España – artículo 19-1 del Consejo, para el periodo 2010-2013 entiende que la situación en España «*no es conforme con el Artículo 19§1 de la Carta de 1961 debido a que no se ha establecido que se hayan tomado medidas adecuadas contra la propaganda engañosa relacionada con la emigración y la inmigración*».

En este sentido, además de la amplia regulación contenida en las normas citadas sobre extranjería, a día de hoy la página web del

Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación¹⁴, contiene información necesaria y suficiente para aquellos extranjeros que quieran viajar a España.

No se acaba de entender muy bien, que el hecho de no aportar a un Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia datos sobre episodios de estas censurables situaciones, sea motivo suficiente para reprobar la situación en España. Bien es verdad que debe hacerse una nueva valoración una vez España presente los datos, ya disponibles, del «*Informe de Evaluación y Seguimiento. Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Período 2011-2014*»¹⁵, en el que por primera vez se recoge un total de 40 objetivos, 97 medidas y 31 sub-medidas analizadas, de las cuales se han notificado acciones relativas a 35 objetivos, 69 medidas y 30 sub-medidas.

Algunas de las propuestas del art. 19 analizado, hallan respuesta precisamente en las medidas tanto europeas como nacionales y autonómicas adoptadas dirigidas a evitar el racismo y la intolerancia. Por estar contenidas en el informe citado, obviamos su referencia y nos remitimos al mismo.

En el apartado segundo, la exigencia se dirige a «adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene».

A efectos de declarar el cumplimiento por parte de España de este punto de la CSE/61, el Comité, en su informe de Conclusiones XX-4 – España – artículo 19-2 solicita nuevamen-

¹⁴ www.exteriores.gob.es/Portal/es/ServiciosAlCiudadano/InformacionParaExtranjeros/Paginas/RequisitosDeEntrada.aspx [Consulta 14 de Abril 2018].

¹⁵ Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

te información sobre las medidas adoptadas para facilitar el acceso a los servicios médicos y de salud y mantener normas de higiene adecuadas en el proceso de contratación colectiva y durante el viaje.

Como el propio informe de conclusiones señala, no se trata de una inmigración individual, sino la que afecta a colectivos de trabajadores. Seguramente con carácter temporal y muy probablemente con baja cualificación y dedicados a tareas desarrolladas en el sector primario. Para estos supuestos el art. 42 de la Ley 4/2000, de 11 de enero de Extranjería (LOE), en su versión dada por la Ley Orgánica núm. 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la anterior, ya contempla en su apartado 3 la obligación de las Administraciones Públicas de promover la asistencia de los servicios sociales adecuados. Y en el apartado 2 la exigencia, para conceder autorizaciones de residencia y trabajo, garantías de que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas. Alojamiento que igualmente exige el art. 19 CSE en su **apartado 4.c.** y que según el informe de Conclusiones está resuelto mediante el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril de 2013, que regula el «Plan de vivienda estatal para 2013-2016», que se aplica a los trabajadores migrantes y sus familias, en las mismas condiciones que a los nacionales.

En evidente relación con este artículo y las cuestiones sanitarias hay que indicar que España, desde el punto de vista de la salud pública aplica el Reglamento Sanitario Internacional (2005) cuya finalidad y alcance son, tal como indica su artículo 2, «prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales»¹⁶. Y por lo que respecta a las atenciones sanitarias personales la

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, da esta cobertura, de conformidad con lo previsto en su art. 1.2, es decir que: «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

Por lo que respecta a los **apartados 4, dividido en letras a y b, y 5**, son los que su contenido establecen la garantía de ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores que se encuentren legalmente en España en las mismas condiciones que los nacionales. No hace falta insistir que la legislación laboral española, de desarrollo constitucional, prohíbe cualquier tipo de discriminación en las relaciones laborales (art. 17 del TRET) y que la condición de extranjero de tercer país, que se encuentre legalmente en España, no supone ningún tipo de discriminación ni en remuneración ni en ninguna otra condición de empleo y trabajo (apartado a), ni tampoco en lo que se refiere a su afiliación a las organizaciones sindicales, ni al ejercicio del derecho de huelga pues así lo determina el art. 11 de la LOE, en sus apartados 1 y 2¹⁷ (apartado b). Tampoco están privados de las ventajas que puedan establecer los convenios colectivos, pues en nuestro ordenamiento jurídico laboral, estos se aplican a todos los trabajadores –sin distinción– que estén incluidos dentro de su ámbito de aplicación (art. 82 TRET).

El apartado 6 del artículo 19 CSE, se refiere a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero al que se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio. La redacción del apartado b) del punto 1 del art. 17 de la LOE y otras exigencias de orden fiscal y atinentes a la vivienda del reagrupante hacen que el informe de Conclusiones XX-4 – España – Artículo 19-

¹⁶ Catalogación por la Biblioteca de la OMS: Reglamento sanitario internacional (2005): 2ª edición. ISBN 978 92 4

358041 8 Clasificación NLM: W 32.1). Organización Mundial de la Salud 2008.

¹⁷ TABARINI-CASTELLANI AZNAR, M. Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 63. Pág.207 y ss.

6, para el periodo 2010-2013 declare, la necesidad de que en el próximo informe se brinde «una descripción completa y actualizada del marco legal para la reunión familiar, incluidos los requisitos o restricciones, como el idioma o la salud, y una descripción del proceso administrativo de consideración y apelación». De momento España no cumple con los estándares previstos en la CSE/61. Siendo ello así y analizando el procedimiento que sobre reagrupamiento describe la LOE en sus arts. 16 a 19, será difícil que dada la actual situación en España en cuanto al número de inmigrantes poder hacer cambios en los que el reagrupamiento suponga un mejor tratamiento en aspectos fiscales o de vivienda, ponga por caso, para los extranjeros que para los nacionales¹⁸. Por otra parte, la situación actual en el mundo en relación con determinados fenómenos como la inmigración ilegal o el terrorismo no favorecen las políticas migratorias, salvo en supuestos de inmigración económica y muy controlada en origen

Por lo que al apartado 7 se refiere, relativo a garantizar a los trabajadores que se encuentren legalmente en España un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones procesales sobre las cuestiones mencionadas en el propio artículo, el informe del Consejo Conclusiones XX-4 – España – artículo 19-7, indica que las garantías jurídicas que describen los arts. 20 a 22 de la LOE, relativas a la tutela judicial efectiva, al derecho a recurso contra los actos administrativos y el derecho a asistencia jurídica gratuita, ponen a España en situación de conformidad con los requisitos establecidos en la CSE/61.

Con carácter general y con utilidad para buena parte de los apartados de este artículo, habrá que recordar que la LOE, regula en sus artículos 23 y 24 medidas antidiscrimina-

torias, aplicables con carácter sumario contra conductas que directa o indirectamente puedan suponer la vulneración de los derechos fundamentales de los extranjeros.

El punto octavo, exige la garantía de que el trabajador extranjero cuando resida legalmente en el país, no pueda ser expulsado, excepto si amenaza la seguridad del Estado o atenta contra el orden público o las buenas costumbres. En este sentido, el Comité, ya desde su Informe de Conclusiones para Chipre en 1979, advirtió que cuando se tomen medidas de expulsión, deben ser ordenadas, de conformidad con la ley, por un tribunal o una autoridad judicial, o un órgano administrativo cuyas decisiones estén sujetas a revisión judicial. España, desde luego, que de conformidad con lo previsto

El apartado 9 del artículo se refiere a permitir, dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de los trabajadores migrantes que estos deseen transferir. Los extranjeros residentes en España tienen las mismas limitaciones que los nacionales para transferir ganancias o ahorros libremente hasta 50.000 euros. Hecho que constata el informe de Conclusiones del Consejo XX-4 – España – artículo 19-9, para el periodo 2010-2013, declarando por tanto que nuestro país, cumple con los estándares exigidos. No obstante, en la próxima documentación a remitir al Consejo, habrá que exponer, porque así se solicita, si los extranjeros residentes legalmente en España tienen alguna limitación en la transmisión de bienes muebles. Esperamos que no se pretenda con ese requerimiento de información que el comercio ilegal al detalle, más conocido como «top manta» deba ser permitido, ni siquiera tolerado, como parte del cumplimiento de este apartado.

El apartado 10 de la norma, no tiene contenido propio, sino que es consecuencia del resultado de la valoración de otros apartados del mismo artículo. De manera que como el Comité entiende que España incurre en falta de conformidad en relación con los artículos

¹⁸ Ver el informe sobre Extranjeros residentes en España a 31 de diciembre de 2017. http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/concertificado/201712/Residentes_Principales_Resultados_31122017.pdf

19.1, 19.3 y 19.6 los criterios allí expuestos se aplican también a los trabajadores migrantes autónomos. No requiere por tanto de ningún otro comentario.

Por lo que se refiere al compromiso de promover y facilitar la enseñanza de las lenguas nacionales o propias a los trabajadores migrantes y a su familia, así como promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador a sus propios hijos, contemplados *ex novo* en los **apartados 11 y 12 del art. 19 CSE**, no creo que España cuando tenga que presentar su primer informe sobre estas cuestiones, pueda tener alguna objeción. En primer lugar por su propio sistema educativo, que aunque no tiene los mejores informes PISA¹⁹, atiende desde la escolarización a los hijos de los extranjeros y por tanto a su alfabetización idiomática, tanto en la lengua oficial nacional como en las propias de las CC.AA.²⁰

3. CONCLUSIONES

Primera.– El estudio de algunos de los artículos de la Carta Social Europea sea en su versión 1961 como la revisada en 1996, pone de manifiesto desde el punto de vista estrictamente jurídico y especialmente en relación con el control de su cumplimiento, la existencia de un enorme número de conceptos jurídicos indeterminados, sin que existan referencias válidas suficientes y para las diversas propuestas, para poder

¹⁹ El Informe del Programa Internacional para la Evaluación de Estudiantes o Informe PISA (por sus siglas en inglés: Programme for International Student Assessment) es un estudio llevado a cabo por la OCDE a nivel mundial que mide el rendimiento académico de los alumnos en matemáticas, ciencia y lectura.

²⁰ Véase en este sentido la web oficial de la **Generalidad de Cataluña**: <https://web.gencat.cat/es/tramits/que-cal-fer-si/vull...catala/cursos-de-catala/>; o la publicada por el **Consello da Cultura Galega** consellodacultura.gal/cdsg/loia/aterrar.php?idioma=3&seccion=10&tid=79; o la ¡Aprende euskara! – Euskara – Gobierno Vasco – Euskadi.eus www.euskara.euskadi.eus/r5738/es/...euskara.../es.../xtra_euskara_aprende_c.html

determinar grados de cumplimiento cuantitativos o cualitativos de los mismos, que no sea el criterio del CEDS. Seguramente válido, pero insuficiente por discrecional. Sería importante que, más que protocolos complementarios, se hiciera un catálogo cerrado de exigencias concretas para cada artículo que fuera conocido con carácter previo por las partes signatarias. Entiendo las dificultades de este cometido, pero entiendo igualmente que es peor la inseguridad jurídica o incluso el agravio comparativo que pudiera darse en algunos casos.

Por otra parte, una propuesta que podría promover la firma de los compromisos internacionales que suponen las Cartas por países reticentes y que facilitaría el análisis de los resultados obtenidos, podría ser dividir las materias por bloques especializados (aspectos laborales, sociales, familiares, etc.) pues la sensación que da el conjunto del documento es el de un *totum revolutum*, cuya dimensión es difícil de abarcar, especialmente por la amplitud de algunas de sus propuestas y su nula o escasa concreción posterior.

Segunda.– Tanto la lectura de algunos de los artículos de la Carta/61 como de la revisada, quizás porque desde su redacción hasta la actualidad han pasado muchos años y han sucedido en el mundo muchas cosas que sus redactores ni siquiera imaginar pudieron (globalización, terrorismo, comercio ilegal a gran escala, crisis, etc.), sugiere la necesidad de adaptar determinadas cuestiones a la realidad de hoy, sin que se entienda que por ello se deban dejar de defender los principios que informan el respeto a la dignidad de la persona y que se recogen en los grandes tratados internacionales.

Tercera.– En relación con los artículos analizados España podría, completando algunas de las informaciones solicitadas por el Consejo, superar no solo los estándares de la CSE/61, sino también los exigidos desde en la Carta reformada en 1996. En realidad, las objeciones que se le ponen a España en los artículos explorados, son solo, en su mayor parte, de carácter informativo.

4. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS TELEMÁTICAS DE CONSULTA

- AA. VV. «*Estudios sobre Seguridad Social*». Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet. ATELIER. Barcelona 2017
www.coe.int/fr/web/turin
www.curia.europa.eu
- FELJE TRAPIELLA, B. «*La protección de menores en Internet*». www.elderecho.com
- GARCÍA HERRERA, V. «*Personas con discapacidad y derecho a una vivienda digna*» Revista Aranzadi Unión Europea. Núm. 8/2016
- GARCÍA NINET J.I. (Dir.) y VICENTE PALACIO, A. (Coord.). *et alteri*. «*Derecho del Trabajo*». Aranzadi. Cizur Menor. 2016
- y VICENTE PALACIO, A. «*Acción preventiva en colectivos especialmente protegidos*», en «*Manual de prevención de riesgos laborales*». ATELIER. Barcelona 20
- PALACIOS, J. (2014) «Data on child abuse in Spain: an overview, infancia y Aprendizaje, 18:71, 69-75, doi: 10.1174/02103709560575497
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. «*La carta social europea y la problemática de su aplicación*». Revista de Política Social, núm. 118/1978.
- SAGARDOY DE SIMÓN, I. «*Comentarios al art. 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Derecho a la protección frente a los riesgos laborales*». Estudios y Comentarios Legislativos (Civitas). Comentarios a la Ley de prevención de riesgos laborales. Editorial Aranzadi, S.A.U. Cizur Menor 2008.
- SALDAÑA, D. JIMÉNEZ, J. OLIVA, A. Child abuse in Spain: A study of child protection services' files, Infancia y Aprendizaje, 18:71, 59-68, DOI: 10.1174/02103709560575488
- SALIDO BANÚS, J.L. e IBARS ÁLVARO, J. «*La mujer en el mercado de trabajo: en especial la protección por maternidad*». Carta Laboral nº 26 (CISS Praxis) Barcelona 2000.
www.seguridad-social
- SELIGRAT GONZÁLEZ, V.M. *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*» núm. 58/2018. «*El menor en el deporte: protección y prevención frente a daños y conductas delictivas*».
- TABARINI-CASTELLANI, A. «*Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*». Núm. 63.

RESUMEN

Las presiones parlamentarias ejercidas por distintos grupos políticos durante el año 2017 con relación a que España ratifique la Carta Social Europea revisada en 1995 (CSE), hacen surgir la pregunta de si efectivamente España, que, es miembro de pleno derecho del Consejo de Europa desde el 24 de noviembre de 1977 y que, en los últimos 40 años, ha ratificado 136 convenios y ha firmado otros 11 pendientes de ratificación, retrasa voluntariamente ese compromiso internacional por razones de carácter socio-económico o si la demora se debe simplemente a que, de hecho, la legislación española ya cumple con los estándares sociales y laborales establecidos en dicha Carta y por consiguiente no hay ninguna urgencia en su ratificación, máxime cuando España ya ratificó la Carta Social Europea de 1961. La respuesta que proceda solo podrá darse comparando lo establecido en la CSE y lo regulado en la normativa española al respecto.

No obstante, si tenemos en cuenta que de los documentos constitutivos del Consejo de Europa se extrae que son sus pilares: la defensa de los derechos humanos, la democracia pluralista y la primacía del derecho, es decir, el imperio de la Ley, está claro que España cumple con todos estos presupuestos básicos. Bastando para ratificar esta aseveración repasar nuestro Texto Constitucional de 1978. Incluso *a priori*, teniendo en cuenta el denominado «bloque de laboralidad» de la Constitución se podría adelantar alguna respuesta a la pregunta inicialmente planteada. En este sentido, no hay duda alguna que también los Estados que forman parte del Consejo cumplen con los estándares generales antedichos, y como quiera que la CSE supone, en su revisión, un paso más en el marco en el reconocimiento y ampliación de derechos en general –así lo expresa el preámbulo de dicha revisión–, no es desacertado pensar que los Estados quieran asegurarse, antes de comprometerse, que los pueden asumir y cumplir.

Por otra parte la lectura inicial de los artículos 7, 8, 16, 17 y 19 de la Carta Social Europea relativos al derecho a los niños y adolescentes a protección en general pero también en particular a la protección social jurídica y económica, al derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, al derecho de la familia a protección social, jurídica y económica y al derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia, no solo comprende las situaciones relacionadas estrictamente con el ámbito laboral, sino también otras de orden social, económico y aún político. Por razones obvias nos centraremos de forma prioritaria en los aspectos jurídico-laborales.

Es oportuno recordar que España, ha sido un país sensible a estas materias y que si nos atenemos a los más de 130 convenios de la OIT que ha ratificado desde 1919 (de aprox. 185), veremos que una buena parte de los mismos hacen referencia a tales cuestiones. Así y a mero título de ejemplo, España firmó el convenio núm. 6 sobre el trabajo nocturno de los niños en la industria y lo ratificó ya por primera vez en 1932 por la Ley de 8 de abril («Gaceta» núm. 105, de 14 de abril). Lo mismo hizo con los convenios núm. 45, de 4 de junio de 1935, sobre empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas; el núm. 58, de 6 de octubre de 1936, sobre la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo. Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971; el núm. 60, de 3 de junio de 1937, sobre la edad de admisión de los niños a los trabajos no industriales. Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971; el núm. 77, de 19 de septiembre de 1946 sobre examen médico de aptitud para el empleo de menores en la industria. Instrumento de ratificación de 8 de abril de 1971; el núm. 97, de 8 de junio de 1949, sobre los trabajadores migrantes. Instrumento de ratificación de 23 de febrero de 1967; el núm. 100, de 6 de junio de 1951, sobre Igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Instrumento de ratificación de 26 de octubre de 1967; el núm. núm. 138, de 6 de junio de 1973, sobre edad mínima de admisión al trabajo. Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977. O más recientemente el

núm. 156, de 3 de junio de 1981, sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, y el núm. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y de la acción inmediata para su eliminación, de 17 de junio de 1999. Lo que inexorablemente conduce al colorario de que España no ha sido ajena en su política social al tratamiento de situaciones tan sensibles y tan justas de ser atendidas.

Por otra parte importa destacar que el Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997, incorporó al Tratado de Roma los derechos sociales fundamentales de la Carta Comunitaria de 1989 y de la Carta Social Europea hecha en 1961 y que fue ratificada por España en 1980 (CSE/61). Así pues, en el presupuesto de salida, España cumple ya con unos estándares importantes en relación con las materias analizadas.

Partiendo de nuestra Constitución de 1978 (CE), habrá que testar si, además de las fuentes internacionales citadas, nuestras normas de desarrollo constitucional, orgánicas y ordinarias y aún las reglamentarias satisfacen los contenidos contemplados en la Carta Social Europea revisada. En el bien entendido que España no ha ratificado la revisión de la CSE y por tanto no está obligada a su cumplimiento*.

Los artículos que se analizan en este trabajo (7, 8, 16,17 y 19) de la Carta Social Europea tienen, un común denominador y es compartir un mismo elemento teleológico, pues tratan de establecer compromisos encaminados a dar protección a las personas e instituciones que por su especial condición están en una situación de mayor riesgo de exclusión social o pueden ser objeto de conductas deleznable basadas en la discriminación, el abuso o simplemente en el olvido. Son en definitiva más vulnerables. En este sentido, recordaba el Secretario del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) Thorbjørn Jagland, tras la denuncia de 277, Vulneraciones de la Carta Social Europea en 31 países del Consejo de Europa durante 2015. Vulneraciones relacionadas con la infancia, las familias y los migrantes, fundamentalmente: *«En la situación política y económica difícil que estamos viviendo, se están socavando los derechos sociales. Los Estados tienen, sin embargo, la obligación de proteger a los más vulnerables, incluyendo a los ancianos, niños, personas con discapacidad y los migrantes. La Carta Social es a la vez una constitución social para Europa y un elemento clave de nuestro sistema de derechos humanos»***.

* Varios han sido los tribunales españoles que han aplicado el contenido de la misma (la CSE/61), según refiere el *«Activity Report 2016»*. Entre otros: Superior Tribunal of Justice of Castilla y León de Valladolid, judgment of 19 December 2016, Rec. 2099/2016 (direct application of the European Social Charter and binding effect of the European Committee of Social Rights decisions in the interpretation of national legislation). Several decisions of the Supreme Court of Justice of the Canaries (Spain) which directly applied the European Social Charter and which recognize the obligatory effect of the Committee's interpretations: Supreme Court of Justice of the Canaries (Las Palmas de Grande Canary), social chamber, decision 30/2016 of 28 January 2016, Application 581/2015. Supreme Court of Justice of the Canaries (Las Palmas de Grande Canary), social chamber, decision 252/2016 of 30 March 2016, Application 989/2015. Supreme Court of Justice of the Canaries (Las Palmas de Grande Canary), social chamber, decision 342/2016 of 18 April 2016, Application 110/2016. Decision of the Judge of Social Order No. 3 of La Coruña, No. 493/2015 of 23 November 2015 which directly applies Article 12 of the European Social Charter in Spain based on the Committee's decision on the merits of 7 December 2012 in Federation of employed pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece Complaint No. 76/2012. www.coe.int/fr/web/turin [Consulta en 14 de abril de 2018].

Sin embargo, la STSJ de Canarias (Sta. Cruz de Tenerife) de 22 de abril de 2015 [AS 2015/2155], no lo tiene tan claro al señalar, en su fundamento jurídico Vigésimocuarto: *«Resulta sin embargo dudoso que las conclusiones del comité tengan eficacia suficiente como para inaplicar la norma interna, (subrayado del autor) o por lo menos en los términos apetecidos por la parte actora de calificar el cese de despido y además improcedente. En primer lugar, debe recordarse que España ha ratificado la Carta Social Europea de 1961 (RCL 1980, 1436 y 1821), pero no ha hecho lo propio (solamente la ha firmado, pero no ratificado) con la llamada «Carta Social Europea Revisada» de 1996, carta revisada que prevé un procedimiento de reclamaciones colectivas en las cuales el Comité Europeo de Derechos Sociales sí que adopta decisiones que son vinculantes para el estado miembro...»*

** Aranzadi Profesional [Consulta efectuada en 14 de abril de 2018].

Conviene destacar de forma especial el 16, relativo a la protección de la familia tradicional, germen y semilla ineludible de la sociedad que, por diversidad de causas, tan abandonada se encuentra en la actualidad por los poderes públicos en la mayoría de países.

Habrà que tener en cuenta, en todo caso, que los análisis efectuados tienen presente, no solo el valor legal de los Convenios y Tratados Internacionales ratificados por España, en virtud de lo previsto en el art. 10.2 CE, sino también las aclaraciones contenidas en los anexos de la propia CSE revisada.

Palabras clave: Niños; familia; mujeres; gente joven; trabajo infantil.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

ABSTRACT

Parliamentary pressure by different political groups during the year 2017 in relation to the ratification of Spain of the 1995 revision of the European Social Charter has raised the question of whether indeed Spain, which has been a full member of the Council of Europe since 24th November 1977 and that in the last 40 years has ratified 136 agreements and signed another 11 pending of ratification, voluntarily delays that international commitment for socio-economic reasons or if the delay is simply due to the fact that the Spanish legislation already meets the social and labour standards established in that Charter and, therefore, there is no urgency in its ratification, especially because Spain already ratified the European Social Charter of 1961. The appropriate response could only be given by comparing what is established in the European Social Charter and what is regulated in the Spanish Law in this regard.

However, if we take the constituent documents of the Council of Europe into account, we can see that the following are considered its pillars: the defence of human rights, the pluralist democracy and the primacy of law, that is, the rule of law; so, it is clear that Spain complies with all these basic assumptions. Only a revision of our Constitutional Text of 1978 is enough to ratify this assertion. If we consider the so-called «labour block» of the Constitution, we could give some answers to the question initially raised, even *a priori*. In this sense, there is no doubt that also the States that are part of the Council comply with the aforementioned general standards, and as the revision of the European Social Charter means a step forward in the framework in the recognition and extension of rights in general, as stated in the preamble of that revision, it is not unreasonable to think that States want to ensure, before committing themselves, that they can assume and fulfil them.

On the other hand, the initial reading of articles 7, 8, 16, 17 and 19 of the European Social Charter concerning the right of children and adolescents to protection in general but also to social, legal and financial protection in particular, the right of female workers to the protection of motherhood, the right of the family to social, legal and financial protection and the right of migrant workers and their families to protection and assistance, not only includes situations strictly related to the workplace, but also other situations of social, economic and even of political nature. For obvious reasons, we will mainly focus on the legal-labour aspects.

It is worth remembering that Spain has been a country sensitive to these matters and that if we take into account more than 130 ILO agreements that it has ratified since 1919 (out of approximately 185), we will see that a great deal of them refer to such questions. So, just as an example, Spain signed Convention No. 6 on night work of children in industry and ratified it for the first time in 1932 by the Law of 8 April («Gaceta» No. 105, of 14 April). The same was done with agreements no. 45, of 4 June 1935, on the employment of women in the underground works of all kinds of mines; no. 58, of 6 October 1936, on the minimum age of admission of children to maritime work. Instrument of ratification of 8 April 1971; no. 60, of 3 June 1937, on the minimum age of admission of children to non-industrial work. Instrument of ratification of 8 April 1971; no. 77, of 19 September 1946 on medical examination of aptitude for the employment of minors in the industry. Instrument of ratification of 8 April 1971; no. 97, of 8 June 1949, on migrant workers. Instrument of ratification of 23 February 1967; no. 100, of 6 June 1951, on equal salaries between male and female labour force for an equal value job. Instrument of ratification of 26 October 1967; no. 138, of 6 June 1973, on the minimum age of admission to work. Instrument of ratification of 13 April 1977. Or more recently, no. 156 of 3 June 1981, on equal opportunities and treatment of male and female workers: workers with family responsibilities, and no. 182 on the prohibition of the worst forms of child labour and immediate action for their elimination, of 17 June 1999. Thus, the previous statements inexorably lead to the corollary that Spain has been involved in its social policy on the treatment of such sensitive situations that also needed to be supported.

On the other hand, it is important to note that the Treaty of Amsterdam, signed on 2 October 1997 incorporated into the Treaty of Rome the fundamental social rights of the Community Charter of 1989 and the European Social Charter made in 1961 and which was ratified by Spain in 1980 (European Social Charter / 61). Thus, as a starting point, Spain already meets some important standards in relation to the analysed matters.

If our Constitution of 1978 is considered, it will be necessary to test whether, in addition to the international sources cited, our constitutional, organic and ordinary development norms and even the regulations meet the contents of the revised European Social Charter. It is understood that Spain has not ratified the revision of the European Social Charter and, therefore, it is not obliged to comply with it*.

The articles of the European Social Charter analysed in this paper (7, 8, 16, 17 and 19) share in common the same teleological element, since they try to establish commitments aimed at protecting people and institutions that due to their special condition are in a situation of greater risk of social exclusion or may be subject to despicable behaviour based on discrimination, abuse or simply being forgotten. They are definitely more vulnerable. In this sense, the Secretary of the European Committee of Social Rights, Thorbjørn Jagland, reminded the condemnation of 277 violations of the European Social Charter in 31 countries of the Council of Europe during 2015. Infringements related to children, families and migrants, basically: *«In the difficult political and economic situation we are experiencing, social rights are being undermined. States, however, have an obligation to protect the most vulnerable, including the elderly, children, people with disabilities and migrants. The Social Charter is both a social Constitution for Europe and a key element of our system of human rights»**.*

It is particularly worth highlighting article 16 on the protection of the traditional family, germ and essential seed of society that, for several reasons, has been forgotten in modern society by public powers in most countries.

It must be considered, in any case, that the analyses carried out bear in mind, not only the legal value of International Agreements and Treaties ratified by Spain, pursuant to those foreseen in article 10.2 of the Spanish Constitution, but also the clarifications contained in the annexes of the revised European Social Charter itself.

Keywords: Children; family; woman; young people; child labour.

* Several Spanish courts have implemented the content of it (European Social Charter / 61), according to the *«Activity Report 2016»*. Among them: Superior Court of Justice of Castilla y León in Valladolid, judgment of 19 December 2016, Rec. 2099/2016 (direct application of the European Social Charter and binding effect of the European Committee of Social Rights decisions in the interpretation of national legislation). Several decisions of the Supreme Court of Justice of the Canary Islands (Spain), which directly applied the European Social Charter and recognize the obligatory effect of the Committee's interpretations: Supreme Court of Justice of the Canary Islands (Las Palmas de Gran Canaria), Social Chamber, decision 30/2016 of 28 January 2016, Application 581/2015. Supreme Court of Justice of the Canary Islands (Las Palmas de Gran Canaria), Social Chamber, decision 252/2016 of 30 March 2016, Application 989/2015. Supreme Court of Justice of the Canary Islands (Las Palmas de Gran Canaria), Social Chamber, decision 342/2016 of 18 April 2016, Application 110/2016. Decision of the Judge of Social Order No. 3 of La Coruña, No. 493/2015 of 23 November 2015 which directly applies Article 12 of the European Social Charter in Spain based on the Committee's decision on the merits of 7 December 2012 in the Federation of Employed Pensioners of Greece (IKA-ETAM) v. Greece Complaint No. 76/2012. www.coe.int/fr/web/turin [Accessed 14 April 2018].

However, the decision of the Supreme Court of Justice of Canary Islands (Santa Cruz de Tenerife) of 22 April 2015 [AS 2015/2155] is not so clear when pointing out in its twenty-fourth legal basis: *«It is nevertheless doubtful that the conclusions of the Committee are effective enough to disregard the internal rule (underlined by the author) or, at least, in the terms desired by the plaintiff to qualify the dismissal as unfair. First, it should be remembered that Spain has ratified the European Social Charter of 1961 (RCL [Chronological Legislative Digest] 1980, 1436 and 1821), but it has not done the same (only signed it, but not ratified) with the so-called «Revised European Social Charter» of 1996, a revised treaty providing for a collective grievance procedure in which the European Committee of Social Rights does make decisions that are binding on the member state...»*

** Aranzadi Profesional [Accessed 14 April 2018].

El cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea*

The compliance by Spain with articles 2 and 3 of the 1988 additional protocol to the European Social Charter

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN**

1. APROXIMACIÓN FORMAL A LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL PROTOCOLO

1. Los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 a la versión originaria de la Carta Social Europea de 1961 tratan, respectivamente, del «Derecho a información y consulta [*Right to information and consultation, Droit à l'information et à la consultation*]», y del «Derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral [*Right to take part in the determination and improvement of the working conditions and working environment, Droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions du travail et du milieu du travail*]». No tienen equivalente en ninguno de los derechos proclamados por la versión originaria de la Carta Social Europea –como se sabe, el objetivo principal del Protocolo fue llenar parcialmente las lagunas y omisiones

de dicha Carta¹–, ratificada por España en 1980², aunque se corresponden casi literalmente con los artículos 21 y 22 de la versión revisada de la Carta Social Europea de 1996 (sólo hay una diferencia entre unos y otros preceptos del Protocolo y de la Carta revisada, a la postre irrelevante, a la que aludiremos luego)³, que España no ha ratificado todavía. Estos dos preceptos no forman parte del llamado «núcleo duro [*hard core*]» de la Carta (sólo integran el núcleo en cuestión «los artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20» de la Parte I de la versión revisada de la Carta Social Europea), por lo que resultaría teóricamente admisible una ratificación parcial de la misma que no incluyese los dos concretos preceptos a que se refiere este trabajo⁴. España ratificó sin

¹ Al respecto, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), pág. 18.

² Instrumento de Ratificación de 29 abril 1980 (*Boletín Oficial del Estado* de 26 junio 1980).

³ *Infra*, núm. 13.

⁴ Al respecto, con todos sus matices, cfr. artículo A (rotulado «Compromisos [*Undertakings*]») de la Parte III de la versión revisada de la Carta Social Europea. Extrayendo consecuencias, véase G. DE BECO (editor), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, Routledge (Londres y Nueva York, 2012), págs. 78-79.

* Trabajo realizado al amparo del proyecto estatal de investigación DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Catedrático de Derecho del Trabajo. Facultad de Derecho. Universidad de A Coruña.

reservas el contenido del Protocolo Adicional de 1988. Consecuentemente, sus artículos 2 y 3 se incorporaron a nuestro ordenamiento interno con la publicación en el año 2000, en el *Boletín Oficial del Estado*, del Instrumento de Ratificación del mismo⁵, afirmándose en dicho Instrumento que «el presente Protocolo entró en vigor de forma general el 4 de septiembre de 1992 y para España el 23 de febrero de 2000, de conformidad con lo establecido en su artículo 10.3»⁶.

2. Desde un punto de vista formal, conviene advertir que el recién citado Instrumento de Ratificación publicó en el *Boletín Oficial del Estado* únicamente una versión castellana del Protocolo Adicional –lo mismo sucedió, en su día, con la publicación de la versión originaria de la Carta Social Europea–, que no es lengua oficial del Consejo de Europa (sólo lo son, como se sabe, el inglés y el francés)⁷. En el utilísimo portal en Internet del Consejo de Europa⁸, en donde aparecen almacenados todos los materiales jurídicos más relevantes relativos a la Carta Social Europea, no consta ninguna traducción oficiosa al castellano del Protocolo Adicional de 1988, aunque sí una traducción castellana oficiosa de la versión revisada de la Carta Social Europea (y en consecuencia, de sus artículos 21 y 22, que son los preceptos equivalentes, como acaba de indicarse, de los artículos 2 y 3 del Protocolo)⁹. Pues bien, cotejada la versión castellana de dichos dos preceptos, oficialmente publicada en España, con la recién citada versión castellana oficiosa de los artículos 21 y 22 de la Carta revisada, resulta que la música de unos y de otros preceptos podría calificarse de idéntica, sí, aunque

no lo sea, en cambio, la letra de la partitura en cuestión (por poner sólo un ejemplo, el artículo 2 del Protocolo publicado en España comienza afirmando que «Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y consulta dentro de la empresa, las Partes se comprometen a tomar o promover medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales», etc.; mientras que el artículo 21 de la Carta, en la versión castellana oficiosa publicitada por el Consejo de Europa, lo que dice es que «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a la información y a la consulta en el seno de la empresa, las Partes se comprometen a adoptar o a promover medidas que permitan que los trabajadores o sus representantes, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales», etc.), variaciones sobre las que creo que conviene realizar algún tipo de apunte, sobre la base –indiscutible, desde el punto de vista jurídico, y aunque a veces disguste– de que la letra de la ley tiene que considerarse siempre sagrada.

3. En relación con la versión originaria de la Carta Social Europea, se trata de un hecho que ha sido recientemente criticado en España¹⁰, hablándose incluso de que el Ministerio de Asuntos Exteriores de nuestro país, al venir actuando de este modo, ha cometido un «grave error diplomático»¹¹. El tema puede considerarse incluso de máxima actualidad, pues –según consta en la documentación almacenada en el citado portal electrónico del Consejo de Europa– acaba de denunciarlo en 3 octubre 2017 la Confederación Intersindical Galega o CIG, ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (literalmente, «España no ha

⁵ De 7 enero 2000 (*Boletín Oficial del Estado* de 25 abril 2000), con corrección de errores publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 13 septiembre 2000.

⁶ Cfr. párrafo penúltimo del Protocolo, tal y como consta publicado por el Instrumento de Ratificación.

⁷ Cfr. artículo 12 del Estatuto del Consejo de Europa.

⁸ Ubicado en www.coe.int.

⁹ En realidad, constan las traducciones oficiosas a veinte lenguas no oficiales, el castellano incluido, advirtiendo que «las traducciones presentadas aquí sólo tienen valor informativo [the translations presented here are for information only]».

¹⁰ Véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 22 y ss.

¹¹ Véase F. VÁZQUEZ y VÁZQUEZ, *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Tesis Doctoral inédita (A Coruña, 2017), págs. 12 y ss.

publicado la versión oficial de la Carta Social Europea, dado que el texto publicado está sólo en español, por lo que entendemos que es la publicación de una versión no-oficial [*Spain has not published the official version of the European Social Charter; since the published text is only in Spanish, so we understand that it is the publication of an unofficial version*]¹², resultando premiosa e, incluso, pueril la contra-argumentación aducida al respecto, en 8 noviembre 2017, por el Gobierno de nuestro país (literalmente, por ejemplo, «parece lógico y legítimo que las publicaciones que se hagan en el boletín oficial de un Estado, se hagan en la lengua oficial de ese Estado [*it seems logical and legitimate that the publications that are made in the official journal of a State, be made in the official language of that State*]¹³. Frente a este alegato gubernamental, tan «localista» –por decirlo suavemente–, cabría alegar la práctica diplomática contraria (pero no, en absoluto, ni «ilógica» ni «ilegítima») de países muy próximos al nuestro, habiéndose puesto ya de relieve doctrinalmente: 1) respecto de Portugal, que «en los correspondientes *Diários da República*, consta publicada la Carta Social Europea originaria en francés y portugués; el Protocolo de Modificación de 1991, en francés y portugués; el Protocolo Adicional de 1995, en inglés, francés y portugués; y la Carta Social Europea Revisada, en francés y portugués, aclarándose –respecto del recién citado Protocolo de 1995– que lo publicado son las ‘versiones auténticas [*versões autênticas*]’ en lengua inglesa y francesa y la respectiva tra-

ducción en lengua portuguesa¹⁴; y 2) respecto de Italia, que «según consta en los números correspondientes de la *Gazzetta Ufficiale* de la República italiana, la versión originaria de la Carta Social Europea se publicó única y exclusivamente en francés, mientras que los Protocolos de 1988, 1991 y 1995, así como la Carta Social Europea Revisada, se publicaron en francés, aunque acompañados de lo que expresamente se califica como ‘traducción no oficial [*traduzione non ufficiale*], lógicamente en lengua italiana¹⁵. Es claro, sin embargo, que el órgano encargado de velar por la pulcritud de las ratificaciones del Protocolo Adicional (y lo mismo podría afirmarse de la Carta Social Europea) no es el Comité Europeo de Derechos Sociales, sino el Secretario General del Consejo de Europa¹⁶. De ahí que el primero omita referirse al tema, en las «Conclusiones» a que se refieren las recién citadas alegaciones y contra-alegaciones¹⁷.

2. LOS MATERIALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL PROTOCOLO

4. Desde un punto de vista subjetivo, los materiales a que se refiere este epígrafe son los tenidos en cuenta por el Comité Europeo de Derechos Sociales –en cuanto que único intérprete auténtico de la Carta Social Europea¹⁸– para calibrar el cumplimiento o no

¹² Véase el documento «Comments by the Galician Unions' Confederation (CIG) on the 29th national report on the implementation of the European Social Charter submitted by the Government of Spain (Articles 3, 11, 12, 13, 14, and Article 4 of the 1988 Additional Protocol for the period 01/01/2012 – 31/12/2015», pág. 2.

¹³ Véase el documento «Response of the Government of Spain to the comments by the Galician Unions' Confederation (CIG) on the 29th national report on the implementation of the European Social Charter submitted by the Government of Spain (Articles 3, 11, 12, 13, 14, and Article 4 of the 1988 Additional Protocol for the period 01/01/2012 – 31/12/2015», pág. 2.

¹⁴ Véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 23-24. En cuanto al Protocolo Adicional de 1988, «el mismo debe entenderse aceptado por Portugal de modo implícito, al haber operado la ratificación expresa de la Carta Social Revisada» (*ibidem*, pág. 23).

¹⁵ *Ibidem*, pág. 26.

¹⁶ Al respecto, véase el artículo 12 del Protocolo Adicional.

¹⁷ Cfr. «*Conclusions XXI-2 – Spain*», publicadas el 8 diciembre 2017.

¹⁸ Al respecto, véase el Reglamento denominado oficialmente «Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales [*Rules of the European Committee of Social Rights, Règlement du Comité européen des Droits sociaux*]¹⁸» de 29 marzo 2004, en el que se afirma que «el Comité decide sobre la conformidad de la

por España de los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988. Este matiz subjetivo me parece muy importante, pues prescindir de los materiales en cuestión puede llevar a cometer errores dogmáticos de interpretación, como el grueso en que incurrió la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional núm. 193/2016, de 21 julio¹⁹, al concluir –con una interpretación literal y sólo parcialmente sistemática de la Carta Social Europea– que los recortes del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, operados por el Real Decreto-ley 16/2012, se acomodaban a lo dispuesto en la misma, frente a lo sostenido tres años antes por el Comité Europeo de Derechos Sociales, acerca de que «el Comité considera que esta denegación del acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros adultos (mayores de 18 años) presentes irregularmente en el país es contraria al artículo 11 de la Carta [*this denial of access to health care for adult foreigners (aged over 18 years) present in the country irregularly is contrary to Article 11 of the Charter*]»²⁰. Se trata de materiales interpretativos a clasificar en dos grandes apartados, según que tengan o no que ver directamente con el Consejo de Europa, advirtiendo que los primeros los manejaré en lo que sigue –como regla– en la versión oficial inglesa de los mismos hecha pública por el Consejo de Europa, y que sólo por excepción utilizaré textos oficiales en lengua francesa, siempre que no exista su equivalente en inglés (como es el caso de la generalidad de informes del Gobier-

situación de los Estados con la Carta Social Europea, el Protocolo Adicional de 1988 y la Carta Social Europea Revisada [*the Committee rules on the conformity of the situation in States with the European Social Charter, the 1988 Additional Protocol and the Revised European Social Charter*]» (Regla 2). Sobre los sucesivos cambios de denominación hasta 1998 de este ente clave, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., pág. 72.

¹⁹ Boletín Oficial del Estado de 15 agosto 2016.

²⁰ Respecto de todo ello, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Universalidad y equidad en la asistencia sanitaria», en el volumen *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum (Murcia, 2016), págs. 659 y ss.

no español sometidos, en cumplimiento de sus obligaciones internacionales, a valoración del Comité Europeo de Derechos Sociales).

2.1. Del Consejo de Europa

5. Lógicamente, los materiales más primarios a tener en cuenta para interpretar los artículos 2 y 3 del Protocolo son los contenidos en el Anexo del propio Protocolo, afirmando este último sobre él que «el Anexo a este Protocolo formará parte integrante del mismo [*the Appendix to this Protocol shall form an integral part of it*]»²¹. Consta de un breve preámbulo y de siete artículos, orientados a perfilar el ámbito de aplicación del protocolo, desde el punto de vista de las personas protegidas por el mismo (literalmente, según su rótulo, «Ámbito de aplicación del Protocolo en lo que se refiere a las personas protegidas [*Scope of the Protocol in terms of persons protected*]»). De estos siete artículos, tres se refieren frontalmente a los artículos 2 y 3 del Protocolo, efectuando declaraciones interpretativas relativas a ambos preceptos, que examinaremos luego, o ceñidas sólo al artículo 3 del Protocolo. Respecto de este último, la versión castellana oficiosa publicada en el *Boletín Oficial del Estado* realiza una traducción bastante discutible de la versión oficial inglesa del mismo (por ejemplo, traduce «*health and safety regulations*» como «reglamentos sobre higiene y seguridad», y «*facilities*» como «facilidades», existiendo incluso oscilaciones, pues «*powers*» lo traduce unas veces como «facultades» y otras como «competencias»). En realidad, lo que vienen a afirmar estas aclaraciones al artículo 3 del Protocolo es, de un lado, que «esta disposición *ni* afecta a los *poderes* y obligaciones de los Estados *en relación con* la adopción de *normas de seguridad y salud en los lugares de trabajo*, *ni* a los *poderes* y responsabilidades de los órganos *encargados de vigilar su aplicación* [*this provision affects neither the powers and obligations of States as regards*

²¹ Artículo 13.

the adoption of health and safety regulations for workplaces, nor the powers and responsibilities of the bodies in charge of monitoring their application»²²; y de otro lado, que «las expresiones “servicios e instalaciones sociales y socioculturales” se entiende que se refieren a las instalaciones sociales y/o culturales para los trabajadores ofrecidas por algunas empresas, tales como asistencia social, terrenos deportivos, salas de lactancia, bibliotecas, campamentos de vacaciones para niños, etc. [the terms ‘social and socio-cultural services and facilities’ are understood as referring to the social and / or cultural facilities for workers such as welfare assistance, sports fields, rooms for nursing mothers, libraries, children’s holiday camps, etc.]»²³.

6. Cubriendo a la vez el articulado del Protocolo y el del recién citado Anexo al mismo, también resulta de extraordinario interés interpretativo el denominado «Informe explicativo al Protocolo Adicional a la Carta Social Europea [Explanatory Report to the Additional Protocol to the European Social Charter]». Es coetáneo al propio Protocolo, pues aparece fechado en Estrasburgo el 5 mayo 1988, y en él se explican por qué se incluyeron tales o cuales expresiones en la letra del mismo, así como el concreto significado que pretendió asignarse a dichas expresiones. A los efectos de este trabajo, de un lado, contiene explicaciones comunes a los artículos 2 y 3 del Protocolo, que se verán luego²⁴; y de otro lado, explicaciones específicas, relativas sólo al artículo 2 o sólo al artículo 3. Así, respecto del artículo 2, aclara –entre otros varios extremos²⁵– que «en relación con las empresas multinacionales, la definición del término ‘empresa’ se entenderá aplicable a cada unidad de producción que disfrute de poderes decisorios y situada en el territorio de una Parte [with regard to multinational undertakings, the definition of the term ‘undertaking’

shall be understood to apply to each production unit enjoying decision-making powers and located in the territory of a Party]»²⁶. Y en cuanto al artículo 3, por ejemplo²⁷, indica que «la expresión ‘tomar parte en’ cubre todas las situaciones en que los trabajadores o sus representantes están asociados de cualquier modo con los procedimientos de toma de decisiones o de adopción de ciertas medidas, sin disfrutar, sin embargo, del derecho de codecisión o de veto sobre decisiones que continúan siendo responsabilidad de la dirección de la empresa [the expression ‘to take part in’ covers all situations in which workers or their representatives are in any way whatsoever associated with the procedures for making decisions or taking certain measures, without, however, enjoying a right of joint decision-making or of veto over decisions still the responsibility of the head of the undertaking]»²⁸.

7. En fin, igualmente resulta clave el denominado «Digesto de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [Digest of the case law of the European Committee of Social Rights]». Es un grueso documento de 373 páginas, disponible en inglés y en francés, donde se incluye la doctrina establecida por dicho Comité al controlar el cumplimiento por los Estados de todos y cada uno de los preceptos de la versión revisada de la Carta Social Europea, bien por la vía del examen de informes gubernamentales (técnicamente, «conclusiones [conclusions]»), bien por la vía de la resolución de quejas colectivas (técnicamente, «decisiones [decisions]»)»²⁹. En lo que respecta a la jurisprudencia suya sobre los artículos 21 y 22 de la Carta (y en consecuencia, sobre los artículos 2 y

²² Párrafo primero.

²³ Párrafo segundo.

²⁴ *Infra*, núms. 11 y ss.

²⁵ Contiene diez aclaraciones específicas, que abarcan los marginales 37 a 46 del documento.

²⁶ Marginal 38.

²⁷ Contiene seis aclaraciones específicas, que abarcan los marginales 47 a 52 del documento.

²⁸ Marginal 50.

²⁹ Este «Digesto de jurisprudencia» se estructura en tres Partes, relativas a «Interpretación de las diferentes disposiciones de la Carta Social Europea Revisada [Interpretation of the different provisions of the Revised European Social Charter]», a «Resúmenes relevantes de conclusiones y decisiones del Comité [Relevant abstracts of conclusions and decisions of the Committee]» y a «Índice de palabras clave [Keywords Index]».

3 del Protocolo Adicional), sólo cita jurisprudencia establecida por la vía de «conclusiones», relativas al control del cumplimiento de informes gubernamentales presentados por Finlandia, Rumanía, Lituania, Estonia, Bulgaria y Eslovenia³⁰. En todos los casos, se trata de «conclusiones» anteriores al año 2007, estableciéndose en las de Finlandia –a propósito del ámbito aplicativo del artículo 21 de la Carta– la importantísima doctrina de que dicho precepto (y en consecuencia, el artículo 2 del Protocolo) «no es aplicable a los funcionarios públicos [*it is not applicable to civil servants*]»³¹, como excepción a la regla general relativa a que «esta disposición se aplica a todas las empresas, tanto privadas como públicas [*this provision applies to all undertakings, whether private or public*]»³². En lo que toca a los artículos 2 y 3 del Protocolo, se trata de un documento notoriamente obsoleto, pues –como enseguida veremos– a partir del año 2007 el Comité Europeo de Derechos Sociales comenzó a utilizar materiales ajenos al Consejo de Europa para calibrar el cumplimiento por los Estados de dichos dos preceptos del Protocolo y, en especial, de su artículo 2 (con carácter general, el portal en Internet del Consejo de Europa anuncia una nueva versión revisada de este «Digesto de jurisprudencia» de septiembre de 2008, que «se publicará pronto», aunque en la fecha en que esto escribo aún no se encuentra disponible la misma en el portal en cuestión).

2.2. De la Unión Europea

8. Como acaba de anticiparse, a partir del año 2007 se produjo un giro trascendental en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, en relación con la interpretación del artículo 21 de la Carta (y en consecuencia, del artículo 2 del Protocolo Adicional), al pasar a utilizarse las fuentes normativas y jurisprudenciales de la Unión Europea como fuentes

de referencia para calibrar el cumplimiento por los Estados de los preceptos en cuestión³³. No se trata de ningún caso aislado, sino de una verdadera tendencia general, que aparece cumplidamente analizada en un documento elaborado por el Comité Europeo de Derechos Sociales (técnicamente, un «documento de trabajo [*working document*]») de 145 páginas, disponible en francés e inglés, fechado en 15 julio 2014, y titulado «La relación entre el Derecho de la Unión Europea y la Carta Social Europea [*The relationship between the European Union law and the European Social Charter*]». En este documento, se afirma que su propósito es «clarificar las relaciones entre los dos sistemas europeos de fijación de normas para la protección de los derechos sociales (en el Consejo de Europa y la Unión Europea), tanto divergentes como convergentes, tal y como han sido resaltadas por la jurisprudencia del Comité [*to clarify the relations between the two European standard-setting systems for the protection of social rights (at the Council of Europe and the European Union), whether divergent or convergent, as highlighted by the case-law of the Committee*]»³⁴, a efectos «del establecimiento de relaciones más coherentes y armoniosas entre los dos sistemas de fijación de normas, con la mirada puesta en una posible futura ratificación por la UE de la Carta [*the establishment of more coherent and harmonious relations between the two standard-setting systems with a view to the possible future accession of the EU to the Charter*]»³⁵. El documento se refiere a todas las fuentes directas de conocimiento del Derecho de la Unión Europea, «con inclusión del Derecho originario, del Derecho derivado y, como fuente complementaria del Derecho, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE [*including primary law, secondary law and, as a source of supplementary law, the case-law of the EU*»

³³ Con una contextualización siempre sugerente del Derecho social de la Unión Europea, véase L.E. DE LA VILLA GIL, «Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 72 (2008), págs. 221 y ss.

³⁴ Pág. 2.

³⁵ Pág. 3.

³⁰ Cfr. págs. 144 a 146 y 325 a 328.

³¹ Cfr. pág. 146.

³² *Ibidem*.

Court of Justice]]»³⁶. Y a efectos del presente trabajo, las fuentes más relevantes del Derecho de la Unión Europea son las dos siguientes.

9. En primer lugar, la Directiva 2002/14 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 marzo 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea³⁷. En relación con el artículo 21 de la Carta (y en consecuencia, del artículo 2 del Protocolo), las referencias del recién citado «documento de trabajo» a esta Directiva son constantes, apuntando que ha sido traída a colación por el Comité Europeo de Derechos Sociales a propósito de las «*Conclusions 2007*», relativas a Italia³⁸; a propósito de las «*Conclusions 2010*», relativas a Bélgica³⁹; a propósito de las «*Conclusions XIX-3 (2010)*», relativas a Polonia⁴⁰; a propósito de las «*Conclusions 2013*», relativas a Estonia⁴¹, e incluso, a propósito de algún Estado Parte del Consejo de Europa, pero que no es Estado miembro de la Unión Europea, como en el caso de las «*Conclusions 2010*», relativas a Albania⁴². No es la única Directiva de la Unión Europea re-

lativa a los derechos de información, consulta y participación en la empresa de los trabajadores o sus representantes [con palabras de las «explicaciones» relativas al artículo 27 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea («Derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa»), «el acervo de la Unión en este ámbito es importante: artículos 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Directivas 2002/14 CE (marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores), 98/59/CE (despidos colectivos), 2001/23/CE (traspasos de empresas) y 94/45/CE (comités de empresa europeos)»]⁴³, lo que acentúa la utilidad de esta concreta Directiva, a efectos de delimitar el campo de juego del artículo 21 de la Carta (y en consecuencia, del artículo 2 del Protocolo) frente a otros preceptos de la misma, pero referidos a derechos más específicos de información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa (un tema sobre el que tendré que volver más adelante)⁴⁴.

10. En segundo lugar, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 enero 2007, decidida en el caso *Confédération Générale du Travail y otros* (C-385/05). El «documento de trabajo» a que vengo refi-

³⁶ Pág. 2.

³⁷ Al respecto, véase P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (Directiva 2002/14/CE)», en J. GARCÍA MURCIA (Coordinador), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2005), págs. 514 y ss.; J.A. SAGARDY BENGOCHEA, «La información y la consulta a los trabajadores en la empresa», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38 (2008), págs. 535 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, «La reforma de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2011), págs. 79 y ss.; y A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, «Información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa», en M. NOGUEIRA GUASTAVINO, O. FOTINOPOULOU BASURTO y J.M. MIRANDA BOTO (Directores), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012), págs. 103 y ss.

³⁸ Cfr. págs. 128-129.

³⁹ Cfr. pág. 128.

⁴⁰ Cfr. pág. 83.

⁴¹ Cfr. pág. 49.

⁴² Cfr. pág. 128.

⁴³ Al respecto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010), pág. 129. A estas cuatro Directivas habría que agregar, también, la Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 octubre 2001, que completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, en la que se afirma –entre otras varias cosas– que «implicación de los trabajadores» es «la información, la consulta y la participación, y cualquier otro mecanismo mediante el cual los representantes de los trabajadores pueden influir en las decisiones que se adopten en la empresa» [artículo 2.h)]. Sobre este último tema, véase A. ARUFE VARELA, «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: Puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2009), págs. 525 y ss. Acerca de las «explicaciones» aludidas y su génesis, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «El contenido social del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22 (2004), págs. 2139 y ss.

⁴⁴ *Infra*, núms. 14 y ss.

riéndome la trae a colación, a propósito precisamente de las citadas «*Conclusions 2010*», relativas a Albania⁴⁵. Y no puede extrañar su invocación como fuente interpretativa general, pues –sobre la base de que el artículo 3.1 de la Directiva 2002/14 establece que esta última «será de aplicación, a elección de los Estados miembros», bien «a las empresas que empleen en un Estado miembro al menos a 50 trabajadores», bien «a los centros de trabajo que empleen en un Estado miembro al menos a 20 trabajadores», autorizando a los Estados «a determinar el número de trabajadores empleados»– procede a fijar el límite genérico de dicha autorización a los Estados miembros, con el objetivo de favorecer la constitución o la subsistencia de órganos de representación de los trabajadores, al suponer que estos órganos constituyen el canal usual de ejercicio de los derechos de información y de consulta de los trabajadores en la empresa. Según la Sentencia, «cuando una disposición comunitaria se remite a las legislaciones y prácticas nacionales, los Estados miembros no podrán adoptar medidas que puedan comprometer el efecto útil de la normativa comunitaria en la que dicha disposición se integra»⁴⁶. Y de ahí su fallo, relativo a que «el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/14 ... debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que excluye, aunque sólo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores [en el caso, 'los trabajadores de menos de 26 años de edad'] del cálculo del número de trabajadores empleados a los efectos de dicha disposición»⁴⁷, pues «una normativa como la controvertida en el litigio principal, que tiene como consecuencia eximir a determinados empresarios de las obligaciones pre-

vistas en la Directiva 2002/14 y privar a sus trabajadores de los derechos reconocidos en la referida Directiva, hace que dichos derechos queden desustanciados y priva de este modo a la referida Directiva de su efecto útil»⁴⁸.

3. LOS ELEMENTOS COMUNES DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL PROTOCOLO

11. Los artículos 21 y 22 de la versión revisada de la Carta Social Europea (y en consecuencia, los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional) son preceptos estrechamente emparentados, lo que explica que tanto el «Anexo» del Protocolo como el «Informe explicativo» del mismo, anteriormente citados, contengan reglas interpretativas comunes a ambos preceptos, concordemente rotuladas «*Articles 2 and 3*». Ante todo, lo que estos dos preceptos comparten es su referencia expresa a los «trabajadores o sus representantes [*workers or their representatives*]», en cuanto que titulares de los derechos que confieren. A este respecto, lo que los dos materiales interpretativos citados aclaran concordemente es lo siguiente: 1) «la conjunción 'o' usada en la expresión "trabajadores o sus representantes" no es excluyente [*the conjunction 'or' used in the expression "workers or their representatives" is not exclusive*]»⁴⁹, sino que «simplemente significa que los derechos otorgados por estas dos disposiciones pueden ejercitarse por los trabajadores, o por sus representantes, o por ambos [*it simply means that the rights afforded by these two provisions may be exercised by workers, or by their representatives, or by both*]»⁵⁰; 2) «a efectos de la aplicación de estos artículos, la expresión 'representantes de los trabajadores' significa personas que están reconocidas como tales al amparo de la legislación o práctica nacionales [*for the purpose of the application of these articles, the term 'workers'*

⁴⁵ Cfr. pág. 128.

⁴⁶ Cfr. marginal 35.

⁴⁷ Cfr. Fallo, apartado 1). Su apartado 2) se refiere a la Directiva 98/59/CE (despidos colectivos), concluyendo que el artículo 1.1 de la misma igualmente «se opone a una normativa nacional que excluye, aunque sólo sea temporalmente, a una determinada categoría de trabajadores [en el caso, de nuevo, 'los trabajadores de menos de 26 años de edad'] del cálculo del número de trabajadores empleados previsto en dicha disposición».

⁴⁸ Cfr. marginal 38.

⁴⁹ Marginal 29, inciso primero, del «Informe explicativo».

⁵⁰ *Ibidem*, inciso segundo.

*representatives» means persons who are recognised as such under national legislation or practice*⁵¹; y 3) «la expresión ‘legislación y práctica nacionales’ abarca, además de las leyes y reglamentos, dependiendo del caso, los convenios colectivos, otros acuerdos entre empresarios y representantes de los trabajadores, las costumbres, así como la jurisprudencia relevante [*the term ‘national legislation and practice’ embraces as the case may be, in addition to laws and regulations, collective agreements, other agreements between employers and workers’ representatives, customs, as well as relevant case law*]⁵².

12. Un segundo concepto infraestructural común se refiere a la empresa, pues ambos preceptos afirman concordemente que los derechos que confieren se ejercitan precisamente «dentro de la empresa [*within the undertaking*]». Sobre este tema, el «Apéndice» contiene tres cláusulas interpretativas. En primer lugar, con una concepción bastante mercantil del asunto, la de que «a efectos de la aplicación de estos artículos, la palabra ‘empresa’ se entiende que se refiere a un conjunto de componentes tangibles e intangibles, con o sin personalidad jurídica, formado para producir o suministrar servicios con ánimo de lucro y con poder para determinar su propia política de mercado [*for the purpose of the application of these articles, the term ‘undertaking’ is understood as referring to a set of tangible and intangible components, with or without legal personality, formed to produce or provide services for financial gain and with power to determine its own market policy*]⁵³. En segundo lugar, la de que cabe excluir del ámbito de aplicación de ambos preceptos las empresas ideológicas o de tendencia, pues «se entiende que las comunidades religiosas y sus instituciones pueden

excluirse de la aplicación de estos artículos, incluso si estas instituciones son ‘empresas’ [*it is understood that religious communities and their institutions may be excluded from the application of these articles, even if these institutions are ‘undertakings’*]⁵⁴, teniendo en cuenta que «los establecimientos que se dediquen a actividades que están inspiradas por ciertos ideales o guiadas por ciertos conceptos morales, ideales y conceptos que están protegidos por la legislación nacional, pueden excluirse de la aplicación de estos artículos con el alcance que sea necesario para proteger la orientación de la empresa [*establishments pursuing activities which are inspired by certain ideals or guided by certain moral concepts, ideals and concepts which are protected by national legislation, may be excluded from the application of these articles to such an extent as is necessary to protect the orientation of the undertaking*]⁵⁵. En tercer lugar, la de que las referencias a la «empresa» se entienden hechas igualmente al «centro de trabajo», pues «se entiende que cuando en un Estado los derechos establecidos en los artículos 2 y 3 se ejerciten en los diversos centros de trabajo de la empresa, se considerará que la Parte implicada cumple las obligaciones que se derivan de estas disposiciones [*it is understood that where in a State the rights set out in Articles 2 and 3 in the various establishments of the undertaking, the Party concerned is to be considered as fulfilling the obligations deriving from these provisions*]⁵⁶.

⁵⁴ «Artículos 2 y 3», marginal 4, inciso primero, del «Anexo».

⁵⁵ *Ibidem*, inciso segundo. Al respecto, véase J.L. GOÑISEIN, «Libertad ideológica, libertad religiosa y empresas de tendencia», en A. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE, *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley (Madrid, 2015), págs. 279 y ss.

⁵⁶ «Artículos 2 y 3», marginal 5, del «Anexo». Sobre el tema, recientemente, véase A. ÁLVAREZ DEL CUVILLO, «El centro de trabajo como unidad electoral: Un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188 (2016), págs. 141 y ss.

⁵¹ «Artículos 2 y 3», marginal 1, del «Anexo».

⁵² *Ibidem*, marginal 2.

⁵³ *Ibidem*, marginal 3. Criticando esta concepción, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La legitimación del socio único de la sociedad de capital unipersonal en los procesos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154 (2012), págs. 29 y ss.

13. Una tercera idea infraestructural compartida por los artículos 2 y 3 del Protocolo se refiere a la posibilidad de excluir la existencia de representantes de los trabajadores en empresas pequeñas (en su caso, centros de trabajo igualmente pequeños), desde el punto de vista de su censo laboral. A este efecto, ambos preceptos afirman concordemente (por cierto, una afirmación ausente en los artículos 22 y 23 de la Carta) que «las partes pueden excluir del campo de aplicación del apartado 1 de este artículo, aquellas empresas que empleen menos de un cierto número de trabajadores, a determinarse por la legislación o práctica nacionales [*the Parties may exclude from the field of application of paragraph 1 of this article, those undertakings employing less than a certain number of workers to be determined by national legislation or practice*]»⁵⁷. El citado «Informe explicativo» aclara sobre el tema que «la expresión ‘cierto número de trabajadores, a determinarse por la legislación o práctica nacionales’ ... implica que el número en cuestión puede determinarse en la legislación o reglamentos, resultar de acuerdos entre las Partes o ser el resultado de una costumbre inveterada, etc., aunque estos métodos no son necesariamente excluyentes entre ellos [*the expression ‘certain number of workers to be determined by national legislation or practice’ ... implies that the number in question may be determined in legislation or regulations, result from agreements between the Parties or be the result of long-standing custom, etc., although these methods are not necessarily mutually exclusive*]»⁵⁸. Aparte el límite genérico derivado de la doctrina del caso comunitario *Confédération Générale du Travail y otros*, anteriormente aludido⁵⁹, el «Informe explicativo» establece otra limitación ulterior, relativa a la exclusión de empresas impuesta por convenio colectivo, pues «en este caso, sin embargo, los trabajadores a los que no se otorga este derecho deben ser una minoría o, más exactamente, los que disfrutaban el derecho a ser informados y

consultados deben constituir la gran mayoría de trabajadores afectados en el país en cuestión [*in this case, however, the workers not afforded this right must be a minority or, more exactly, those enjoying the right to be informed and consulted must constitute the great majority of the workers concerned in the country in question*]»⁶⁰. En cualquier caso, el citado «Digesto de jurisprudencia» contiene doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales, establecida en interpretación del artículo 22 de la Carta (y en consecuencia, del artículo 3 del Protocolo), según la cual «el Comité considera que está en conformidad con esta disposición una situación en la que, en empresas que empleen menos de 10 personas, ‘los trabajadores están en contacto directo con el empresario’ [*the Committee considers as in conformity with this provision a situation where, in undertakings employing less than 10 people, ‘employees are in direct contact with the employer’*]»⁶¹, aparte el dato –a que se refiere el «Informe explicativo»– de que «en las pequeñas empresas, existen a menudo de hecho procedimientos de información y consulta, y funcionan con rapidez, haciendo innecesaria la introducción de procedimientos rígidos y, a veces, complejos [*in small undertakings, information and consultation processes often exist in fact and operate readily, making the introduction of rigid and sometimes complex procedures unnecessary*]»⁶².

4. LAS RELACIONES DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL PROTOCOLO CON OTROS PRECEPTOS DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

14. Lógicamente, los artículos 2 y 3 del Protocolo apoyan sobre los tres recién citados conceptos estructurales la sustancia de los derechos que regulan, reconducible a «información», «consulta» y «participación». Las

⁵⁷ En ambos casos, esta salvedad aparece contenida en el apartado 2 de ambos preceptos.

⁵⁸ Cfr. marginal 36.

⁵⁹ *Supra*, núm. 10.

⁶⁰ Cfr. marginal 46, a propósito del artículo 2, al que remite en globo el marginal 52, a propósito del artículo 3. Véase en sentido análogo, también, artículo 7, apartado 2, del Protocolo.

⁶¹ Cfr. pág. 146.

⁶² Marginal 44, inciso último.

dos primeras son coextensas, afirmando a este respecto el citado «Informe explicativo» que «con la finalidad de que sea efectiva, la ‘consulta’ en los campos relevantes debería estar precedida del suministro de ‘información’ apropiada: el ámbito de la consulta es, así, coincidente con el de la dación de información [*in order to be effective, ‘consultation’ in the relevant fields should be preceded by the furnishing of appropriate ‘information’: the scope of consultation is thus coterminous with that of the information provision*]»⁶³, jugando sobre ambas el límite genérico –establecido en el artículo 2– de que «la revelación de cierta información que podría ser perjudicial para la empresa puede negarse o estar sujeta a confidencialidad [*the disclosure of certain information which could be prejudicial to the undertaking may be refused or subject to confidentiality*]»⁶⁴. En realidad, al igual que sucede con los derechos regulados por la Directiva 2002/14/CE –que constituye, recuérdese, la norma de referencia para calibrar el cumplimiento por los Estados del artículo 21 de la Carta (y en consecuencia, del artículo 2 del Protocolo)⁶⁵–, estos derechos de «información» y de «consulta» tienen el carácter de derechos genéricos o derechos de cierre, operantes allí donde no juegan derechos similares más específicos, que aparecen regulados en otros preceptos distintos de la versión revisada Carta Social Europea.

15. Ante todo, el artículo 28 de la Carta, en el que la referencia a los derechos regulados por el artículo 2 del Protocolo es incluso explícita (el precepto se rotula «el derecho a información y consulta en procedimientos de despido colectivo [*the right to information and consultation in collective redundancy procedures*]), debiendo resolverse las relaciones entre ambos cediendo prioridad aplicativa la norma genérica a la norma específica. Es lo que vienen a establecer, de un lado, la Directiva 2002/14/CE, al indicar que «la presente

Directiva no afectará a los procedimientos específicos de información y de consulta contemplados en el artículo 2 de la Directiva 98/59/CE»⁶⁶; y de otro lado, el propio Protocolo Adicional, allí donde establece –con carácter general– que «las disposiciones de este Protocolo no perjudicarán las disposiciones de la Carta [*the provisions of this Protocol shall not prejudice the provisions of the Charter*]»⁶⁷. Pero es que sería el caso, también, del artículo 6 de la propia Carta (sobre «el derecho de negociación colectiva [*the right to bargain collectively*]»), con sólo reparar en el dato que la consulta puede derivar en la estipulación de un acuerdo, por definición colectivo (según la Directiva 2002/14/CE, «consulta» es «el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario»⁶⁸, en su caso, «con el fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario»⁶⁹), lo que explica que el citado «Informe explicativo» –a propósito incluso del derecho de «participación» del artículo 3 del Protocolo– se vea obligado a confirmar que «este artículo no perjudica de ningún modo el derecho de negociación colectiva previsto en el artículo 6 de la Carta [*this article in no way prejudices the right to bargain collectively provided for in Article 6 of the Charter*]»⁷⁰.

16. Relaciones muy singulares, sin embargo, son las que ha establecido el Comité Europeo de Derechos Sociales entre el artículo 3 de la Carta (rotulado «el derecho a condiciones de trabajo saludables y seguras [*the right to safe*

⁶⁶ Cfr. artículo 9, apartado 1. Sobre el tema, véase X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22 (2004), págs. 2305 y ss.; y C. MARTÍNEZ MORENO, «Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)», en J. GARCÍA MURCIA (Coordinador), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, cit., págs. 475 y ss.

⁶⁷ Artículo 8, apartado 1.

⁶⁸ Artículo 2, letra g).

⁶⁹ Cfr. artículo 4, apartado 4, letra e).

⁷⁰ Cfr. marginal 49.

⁶³ Cfr. marginal 43.

⁶⁴ Cfr. subapartado a.

⁶⁵ Véase *supra*, núm. 9.

and healthy working conditions]») y el artículo 22 de la misma (y en consecuencia, el artículo 3 del Protocolo). En efecto, sobre la base de que este último menciona expresamente que el derecho de participación se extiende, entre otras varias cuestiones, «a la protección de la salud y seguridad en la empresa [to the protection of health and safety within the undertaking]»⁷¹, es jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales –sobre la base de que «el derecho de los representantes de los trabajadores a la consulta a nivel de empresa en materias de salud y seguridad en el lugar de trabajo está igualmente tratado en el artículo 3 [the right of workers' representatives to consultation at the enterprise level in matters of health and safety at the workplace is equally dealt with article 3]»⁷²– la de que «para los Estados que hayan aceptado los artículos 3 y 22, esta cuestión se examina sólo al amparo del artículo 22 [for the States who have accepted articles 3 and 22, this issue is examined only under article 22]»⁷³, siendo este último precisamente el caso de España. Este examen, como aclara el citado «Informe explicativo» –a propósito del artículo 3 del Protocolo–, se efectuará teniendo en cuenta que «la contribución a la 'supervisión de la observancia' de los reglamentos de salud y seguridad tiene que efectuarse de conformidad con las reglas en vigor en cada país, y sin perjudicar la competencia y responsabilidades de los órganos y autoridades investidos de los poderes necesarios [the contribution to the 'supervision of the observance' of health and safety regulations is to be effected pursuant to the rules in force in each country and without prejudice to the jurisdiction and responsibilities of the bodies and authorities vested with the necessary powers]»⁷⁴, por lo que «el papel de los trabajadores o sus representantes no es sustituir a los órganos responsables de esta supervisión, sino asegurar, en vez de ello, que la supervi-

sión sea tan efectiva como posible [the role of the workers or their representatives is not to replace the bodies responsible for this supervision but rather to ensure that supervision is as effective as possible]»⁷⁵.

5. LAS CONCLUSIONES DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES SOBRE EL CUMPLIMIENTO POR ESPAÑA DEL ARTÍCULO 2 DEL PROTOCOLO

17. Como es notorio y ya se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros hasta la saciedad, la única vía a disposición del Comité Europeo de Derechos Sociales para controlar el cumplimiento por España de los derechos regulados en el Protocolo Adicional es la del examen de informes gubernamentales (o procedimiento «tradicional» de control), regulada en los artículos 21 a 29 de la versión original de la Carta Social Europea, en sus reglamentos de desarrollo, así como en el denominado «Calendario del sistema de informes [Calendar of the Reporting System]», aprobado por una Decisión del Comité de Ministros de 2006⁷⁶. Siguiendo esta vía, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha elaborado y publicado cinco «Conclusiones» sucesivas sobre el cumplimiento por España del artículo 2 del Protocolo Adicional –todas localizables en el citado portal en Internet del Consejo de Europa, a través de la base de datos «HUDOC»–, que

⁷⁵ *Ibidem*, inciso segundo.

⁷⁶ Acerca de estas fuentes, con todo lujo de detalles, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 69 y ss. Sobre la eficacia jurídica de este tipo de fuentes (y en general, de las normas sociales del Consejo de Europa), no siempre bien comprendida por nuestros políticos, véase A. ARUFE VARELA, «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial en los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2017), págs. 570 y ss. Para nuestra contextualización del tema en la teoría general de las fuentes del Derecho del Trabajo, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016), págs. 57 y ss.

⁷¹ Letra d.

⁷² Cfr. «Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales», pág. 146.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ Marginal 50, inciso primero.

cubren el período de referencia «01/01/1997 a 31/12/2000» («*Conclusions XVI-2 – Spain*»), hechas públicas el «30/06/2004»; el período de referencia «01/01/1999 a 31/12/2002» («*Conclusions XVII-2 – Spain*»), hechas públicas el «30/06/2005»; el período de referencia «01/01/2001 a 31/12/2004» («*Conclusions XVI-II-2 – Spain*»), hechas públicas el «30/06/2007»; el período de referencia «01/01/2005 a 31/12/2008» («*Conclusions XIX-3 – Spain*»), hechas públicas el «03/12/2010»; y el período de referencia «01/01/2009 a 31/12/2012» («*Conclusions XX-3 – Spain*»), hechas públicas el «31/12/2012». Todas ellas son conclusiones de cumplimiento por España de lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo (técnicamente, conclusiones «de conformidad»), resultando que dos de ellas son de conformidad «pura» y simple (con la fórmula «El Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 2 del Protocolo Adicional [*The Committee concludes that the situation in Spain is in conformity with article 2 of the Additional Protocol*])⁷⁷, mientras que en las otras tres la conformidad está «condicionada» al cumplimiento por España del requerimiento de información realizado por el Comité (por ejemplo, con la fórmula «Pendiente el recibo de la información solicitada, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 2 del Protocolo [*Pending receipt of the information requested, the Committee concludes that the situation in Spain is in conformity with article 2 of the Protocol*])⁷⁸. De este conjunto de sucesivo de cinco «conclusiones», las que poseen una mayor enjundia jurídica son la primera y la quinta. De ellas,

ambas de cumplimiento «condicionado», paso a tratar seguidamente.

18. En las primeras, lo que constata el Comité Europeo de Derechos Sociales es que el cumplimiento del artículo 2 del Protocolo está garantizado en España, de un lado, por el Título II del Estatuto de los Trabajadores («La información y consulta de los trabajadores se asegura a través de órganos representativos específicos, tales como los comités de empresa y los delegados de personal, que se establecen en las empresas y se rigen por el Estatuto de los Trabajadores de 24 marzo 1995 [*The information and consultation of workers is ensured through specific representative bodies, such as the workers' committees and the workers' delegates, which are set within the undertakings and governed by the Workers' Statute of 24 March 1995*])⁷⁹, desde el punto de vista del ámbito personal («el artículo 61 del Estatuto de los Trabajadores prevé que los comités de empresa se establecerán en todas las empresas con al menos 50 trabajadores, mientras que en empresas con menos de 50 trabajadores, los trabajadores estarán representados por sus delegados elegidos [*Section 61 of the Workers' Statute provides that workers' committees shall be set up in all undertakings with at least 50 employees while in undertakings with less than 50 employees workers shall be represented by their elected delegates*])⁸⁰, desde el punto de vista del ámbito material, que es sobre el que más se detiene el órgano de control («El Comité subraya que, de conformidad con los artículos 29 y 64 del Estatuto de los Trabajadores, los comités de empresa y delegados de personal deben ser informados sobre las materias relativas a la situación económica y financiera de la empresa; contrataciones; remuneración; absentismo; y salud y seguridad en el trabajo. En particular, subraya que los representantes de los trabajadores tienen acceso a la misma información suministrada a los accionistas de la empresa [*The Committee notes that, pur-*

⁷⁷ «*Conclusions XVII-2 – Spain*», pág. 51; y «*Conclusions XVIII-2 – Spain*», pág. 25.

⁷⁸ «*Conclusions XVI-2 – Spain*», pág. 48; «*Conclusions XIX-3 – Spain*», sin que conste la página; y «*Conclusions XX-3 – Spain*», pág. 32. Justificando la utilización de la terminología recién citada, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, «La condena del Consejo de Europa a España, hecha pública en enero de 2010, por sus incumplimientos de la Carta Social Europea en materia de seguridad y salud laboral», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinaria Internacional*, vol. 15 (2011), págs. 283 y ss.

⁷⁹ Pág. 47.

⁸⁰ *Ibidem*.

suant to Sections 29 and 64 of the Workers' Statute, workers committees and workers delegates must be informed on matters relating to the economic and financial situation of the undertaking; recruitments; remuneration; absenteeism; and health and safety at the work. In particular, it notes that workers' representatives have access to the same information provided to the Company shareholders»⁸¹; «Además, los comités de empresa y delegados de personal deben ser consultados sobre cualquier materia relativa a reestructuraciones; despidos colectivos; reducciones de jornada; traslado total o parcial; formación profesional; puesta en práctica y evolución de la estructura empresarial y el control de los procesos de trabajo; incentivos y valoraciones; fusiones y adquisiciones, así como de cualquier cambio en el estatus jurídico de la empresa [Furthermore, workers committees and workers delegates must be consulted on any matter relating to restructuring; redundancies; reductions in the working time; total or partial relocation; professional training; implementation and evolution of the management structure and the control of working processes; incentives and appraisal; mergers and acquisitions as well as any changes in the legal status of the company]»⁸²; «El Comité subraya que, según el Derecho español, la consulta debe efectuarse al menos 15 días antes de cualquier decisión del empresario en los campos recién mencionados, y que la opinión de los representantes de los trabajadores debe ser debidamente tenida en cuenta [The Committee notes that, under Spanish law, consultation must be effective at least 15 days prior to any decision by the employer in the above-mentioned fields and that the workers' representatives' opinion must be duly taken into account]»⁸³) y desde el punto de vista de las reglas y procedimientos electorales («El informe establece que los delegados de personal y miembros de comités de empresa se eligen por votación personal, directa, libre

y secreta. Su número depende del número de trabajadores. Habrá de 1 a 3 delegados de personal en empresas con menos de 50 trabajadores, y de 5 a 75 miembros del comité de empresa en empresas con 50 o más trabajadores [The report states that workers' delegates and members of the workers' committees are elected by personal, direct, free and secret ballot. Their number depends on the number of employees. There will be 1 to 3 workers' delegates in undertakings with less than 50 employees and 5 to 75 members of the workers' committee in undertakings with 50 or more employees]»⁸⁴; y de otro lado, por nuestro sistema de Inspección de Trabajo, encargado de reprimir las infracciones administrativas del empresario, también en esta materia («El Comité subraya que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de las disposiciones que garantizan el derecho de los trabajadores a la información y la consulta [The Committee notes the Labour and Social Security Inspectorate is the body in charge of monitoring compliance with the provisions guaranteeing the workers' right to information and consultation]»⁸⁵; «Además, subraya que los incumplimientos de estas disposiciones se castigan con multas, que oscilan de 300,52 a 32.005,06 euros. Según el informe, durante el período de referencia, de un total de 4.077 investigaciones, la Inspección de Trabajo ha detectado 421 incumplimientos y ha impuesto multas por una cuantía total de aproximadamente 625.000 euros [Furthermore it notes that violations of these provisions are punished by fines ranging from 300,52 to 32 005,06 €. According to the report, during the reference period, out of 4 077 investigations, the Labour Inspectorate has detected 421 violations and has ordered fines for a total amount of about 625 000 €]»⁸⁶). Sólo realiza dos solicitudes de información al Gobierno español, relativas a si el sistema español de representación unitaria de los trabajadores cu-

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Págs. 47-48.

⁸³ Pág. 48.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

bre o no la inmensa mayoría de estos últimos («El Comité, por eso, asume que virtualmente todos los trabajadores están cubiertos por las disposiciones relativas a su información y consulta a través de las personas u órganos representativos, y pregunta si esta suposición es correcta [*The Committee therefore assumes that virtually all workers are covered by provisions relating to their information and consultation through representative bodies or persons and asks whether this assumption is correct*])»⁸⁷, y a si el sistema en cuestión se aplica o no a las empresas de titularidad pública («También pregunta si las disposiciones relevantes del Estatuto de los Trabajadores se aplican a empresas gestionadas por autoridades públicas [*It also asks whether relevant provisions of the Workers' Statute apply to undertakings managed by public authorities*])»⁸⁸. La respuesta afirmativa a estas dos cuestiones justifica la conclusión de conformidad «pura» correspondiente al período de control inmediatamente subsiguiente.

19. Las últimas «conclusiones» emitidas por el Comité Europeo de Derechos Sociales se centran en el cumplimiento por España de los estándares fijados por la Unión Europea, respecto de los derechos de información y consulta, a que antes hicimos referencia⁸⁹. En relación con la Directiva 2002/14/CE, el Comité subraya la transposición de la misma a nuestro ordenamiento interno, indicando que «la Ley núm. 38/2007, de 16 noviembre 2007, colocó al Estatuto de los Trabajadores en línea con la Directiva 2002/14/CE [*Law No. 38/2007 of 16 November 2007 brought the Workers' Statute into line with Directive 2002/14/CE*])»⁹⁰, y que el nuevo artículo 4 del Estatuto «prevé que el derecho a ser informado, consultado y a participar en la empresa constituye un derecho laboral básico [*provides that the right to be informed, consulted and to take part in the company constitutes a*

basic labour right])»⁹¹. El Comité, sin embargo, tenía dudas sobre el cálculo de los umbrales mínimos para constituir órganos de representación del personal. Y por eso, después de recordar los estándares judiciales antes mencionados, establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [literalmente, con cita de dos casos de dicho Tribunal]⁹², «apunta que todas las categorías de trabajadores (todos los trabajadores que tengan un contrato de trabajo con la empresa, con independencia de su estatus, antigüedad en el servicio o lugar de trabajo) deben incluirse en el cálculo del número de trabajadores que disfrutan del derecho a información y consulta [*points out that all categories of worker (all employees holding an employment contract with the company regardless of their status, length of service or place of work) must be included in the calculation of the number of employees enjoying the right to information and consultation*])»⁹³, el propio Comité –que ya había planteado la cuestión en las «conclusiones» inmediatamente precedentes a éstas– «reitera su solicitud relativa al ámbito personal de la legislación, señaladamente sobre el cálculo de los umbrales mínimos arriba mencionados [*reiterates its request concerning the personal scope of the legislation, particularly as regards the calculation of the minimum thresholds mentioned above*])»⁹⁴. Esta cuestión, así como otras relativas al cumplimiento de la legislación sobre información y consulta de los trabajadores en el empleo público, suscitadas por los sindicatos, y su previsible impacto sobre las «conclusiones» no elaboradas todavía por el Comité Europeo de Derechos Sociales, respecto del período de referencia 2012-2016, serán objeto de análisis más adelante.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² Más en concreto, el caso *Confédération Générale du Travail et autres*, C-385/05, ya citado (*supra*, núm. 10), y el caso *Association de médiation sociale*, C-176/12, de 15 enero 2014.

⁹³ Pág. 1 del documento (sin paginación).

⁹⁴ *Ibidem*.

⁸⁷ Pág. 47.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Véase *supra*, núms. 8 y ss.

⁹⁰ Pág. 1 del documento (sin paginación).

6. LAS CONCLUSIONES DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES SOBRE EL CUMPLIMIENTO POR ESPAÑA DEL ARTÍCULO 3 DEL PROTOCOLO

20. Dado que el control del cumplimiento por España del artículo 3 del Protocolo Adicional lo realiza el Comité Europeo de Derechos Sociales en paralelo al cumplimiento del artículo 2, las «Conclusiones» elaboradas por el Comité a propósito del artículo 3 igualmente son cinco, cubriendo exactamente los mismos períodos de referencia antes aludidos, a propósito del control del cumplimiento del artículo 2 del propio Protocolo, antes aludidos⁹⁵. En este concreto caso, el balance para España es aún más positivo, puesto que tres de la «conclusiones» son de cumplimiento «puro» («*Conclusions XVII-2 – Spain*»⁹⁶, «*Conclusions XVIII-2 – Spain*»⁹⁷ y «*Conclusions XIX-3 – Spain*»⁹⁸), mientras que sólo dos son de cumplimiento «condicionado» a la aportación por el Gobierno español de cierta información requerida por el Comité («*Conclusions XVI-2 – Spain*»⁹⁹ y «*Conclusions XX-3 – Spain*»¹⁰⁰). Lógicamente, estas dos últimas «conclusiones» son las que presentan un superior interés doctrinal, lo que explica que pasemos a analizarlas con algún detalle inmediatamente a continuación, aunque quepa realizar sobre el conjunto de las cinco la observación general de que lo que más pesa en estos concretos documentos del Comité es la contribución de los trabajadores o sus representantes «a la protección de la salud y la seguridad en la empresa» (recuérdese que el Comité, al hilo del análisis del cumplimiento de este artículo 3 del Protocolo, también analiza el cumplimiento por España del artículo 3 de la Carta Social Europea)¹⁰¹, resultando ser lo más específico que puede hallarse

en el conjunto de las cinco, a propósito de la participación en la «organización de servicios e instalaciones sociales y socio-culturales», por ejemplo, la constatación de que, en España, «los representantes de los trabajadores tienen derecho a participar en la organización y gestión de servicios y actividades sociales y socio-culturales, establecidos para los trabajadores y sus familias en la empresa [*workers' representatives have a right to participate in the organisation and management of social and socio-cultural services and activities set up for the employees and their families within the undertaking*]»¹⁰².

21. En las «*Conclusions XVI-2 – Spain*», la clave del cumplimiento por España del artículo 3 del Protocolo radica en la regulación orgánico-competencial de la representación unitaria de los trabajadores, tanto genérica (contenida en el Estatuto de los Trabajadores) como específica en materia de seguridad y salud laboral (contenida en la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales)¹⁰³, afirmando a este respecto el Comité que «el derecho de los trabajadores a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral se asegura a través de órganos representativos específicos, tales como los comité de empresa, los comité de seguridad y salud, los delegados de prevención y los delegados de personal [*the workers' right to take part in the determination and improvement of the working conditions and working environment is ensured through specific representative bodies, such as the workers' committees, the safety and health committees, the safety delegates and the workers' delegates*]»¹⁰⁴, cuyos «poderes y funcionamiento están regulados por el Estatuto de los Trabajadores de 24 marzo 1995, así como por la Ley de prevención de riesgos laborales [*powers and functioning of these bodies are governed by the Workers'*

⁹⁵ *Supra*, núm. 17.

⁹⁶ Pág. 52.

⁹⁷ Pág. 26.

⁹⁸ Pág. única (el documento carece de paginación).

⁹⁹ Pág. 51.

¹⁰⁰ Pág. 33.

¹⁰¹ Véase *supra*, núm. 16.

¹⁰² Págs. 50-51.

¹⁰³ Sobre el tema, por todos, véase L.M. CAMPS RUIZ, *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010), págs. 22 y ss.

¹⁰⁴ Pág. 49.

Statute of 24 March 1995 as well as the Act for the prevention of risks at work»¹⁰⁵. El Comité planteó, sin embargo, tres solicitudes de información adicional, que justifican su conclusión «condicionada» de conformidad. Estas tres solicitudes fueron satisfechas por el Gobierno español en su informe inmediatamente subsiguiente, lo que justificaba la nueva conclusión «pura» de conformidad, en los siguientes términos literales: 1) «con relación a la primera cuestión [‘la designación de candidatos en las elecciones a comités de empresa y delegados de personal’], el Comité subraya que, al amparo del artículo 69, apartado 2, del Estatuto de los Trabajadores, todos los trabajadores de dieciséis años con una antigüedad en la empresa de al menos un mes tienen derecho a votar, mientras que todos los trabajadores que tengan dieciocho años y con una antigüedad en la empresa de al menos seis meses pueden presentarse a la elección [With regard to the first question, the Committee notes that, under Section 69, paragraph 2, of the Workers’ Statute, all employees over sixteen who have been in the company for at least one month are eligible to vote, while all employees who are eighteen or over and have been in the company for at least six months may stand for election]»¹⁰⁶, teniendo en cuenta que «los candidatos a las elecciones a comités de empresa o delegados de personal deben ser presentados o por un sindicato legalmente constituido o por un número de compañeros trabajadores que iguale al menos tres veces el número de puestos electivos a ser provistos [Candidates to the works council’s or workers’ delegates’ elections must be presented either by a legally established trade union or by a number of fellow employees equalling at least three times the number of elective positions to be provided]»¹⁰⁷, y que «los trabajadores extranjeros pueden votar y ser elegidos bajo las mismas condiciones que los trabajadores españoles [Foreign workers may vote and be elected under the same conditions

as Spanish workers]»¹⁰⁸; 2) «con respecto a la segunda cuestión [‘si todos los trabajadores tenían derecho a participar en la determinación y mejora de sus condiciones de trabajo y entorno laboral’], el Comité subraya que todos los trabajadores tienen derecho a participar en la determinación y mejora de sus condiciones de trabajo y entorno laboral, con independencia del tamaño de la empresa, dado que los trabajadores empleados en pequeñas empresas, en las que no hay ni comités de empresa ni delegados de personal, tienen un derecho directo de participación [With regard to the second question, the Committee notes that all workers have a right to take part in the determination and improvement of their working conditions and working environment, regardless of the size of the undertaking, since workers employed in small companies where there are no works councils and no workers’ delegates, have a direct right of participation]»¹⁰⁹; y 3) «con respecto a la tercera cuestión [‘si este derecho también se aplica a las empresas dirigidas por el Estado’], el informe establece que sólo los funcionarios públicos y trabajadores asimilados, empleados por las autoridades públicas centrales, locales o regionales, están excluidos de las disposiciones relevantes del Estatuto de los Trabajadores [With regard to the third question, the report states that only civil servants and related workers employed by central, local or regional public authorities are excluded from relevant provisions of the Workers’ Statute]»¹¹⁰.

22. En las «Conclusions XX-3 – Spain», nuevamente de cumplimiento «condicionado», el Comité retoma el tema de la participación de los trabajadores o sus representantes en cuestiones distintas de la prevención de riesgos laborales, aunque sin olvidar esta última. La sustancia del documento radica en pedir informaciones adicionales al Gobierno español, sobre las tres siguientes cuestiones, dos de ellas suscitadas por las confederaciones sindicales

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ «Conclusions XVII-2 – Spain», pág. 52.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

españolas (y relativas las dos a los trabajadores del sector público), a saber: 1) «con respecto a las Administraciones públicas, el Comité subraya los comentarios de las confederaciones sindicales españolas, registradas el 4 agosto 2014, que afirman que el Real Decreto núm. 67/2010, sobre la adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado, no recibió ningún apoyo de los sindicatos [*With regard to the public administrations, the Committee notes the comments from the Spanish Trade Union Confederations, registered on 4 August 2014, which state that the Royal Decree No. 67/2010 on the adaptation of occupational risk prevention legislation to the General State Administration did not receive any support from trade unions*]¹¹¹; 2) «subraya también, sobre la base de estos comentarios, que los sindicatos no participaron en la reforma contenida en el artículo 9 del Real Decreto-ley núm. 20/2012, que reduce ‘drásticamente’ la remuneración de los empleados públicos cuando están en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (esto es, accidentes y enfermedades comunes), al reducir y eliminar fondos de acción social [*It also notes from these comments that trade unions did not participate to the reform contained in Article 9 of Royal Decree Law No. 20/2012, which ‘drastically’ reduces the remuneration of public employees when they are in a situation of temporary sick leave arising out of ordinary contingencies (i.e. accidents and common illnesses), by reducing and eliminating Social Action Funds*]¹¹²; y 3) «el Comité también pide ser informado sobre la legislación y práctica nacionales con respecto a la organización de servicios e instalaciones sociales y socio-culturales en la empresa, y la vigilancia del cumplimiento de las normas sobre esta cuestión [*The Committee also asks to be informed about the national legislation and practice in respect of the organisation of social and socio-cultural services and facilities within the enterprise, and the supervision of*

the observance of regulations on this issue]¹¹³. Se trata de cuestiones sobre las que el Gobierno español ya ha informado al Comité, cabiendo sólo pronosticar razonablemente qué juicio merecerán al mismo, en los términos que pasamos a abordar seguidamente.

7. UN PRONÓSTICO SOBRE EL CUMPLIMIENTO POR ESPAÑA DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3 DEL PROTOCOLO, DURANTE EL PERÍODO DE REFERENCIA 2013-2016

23. En el momento en que esto escribo, se encuentran todavía en fase de elaboración las que serán las sextas «Conclusiones» del Comité Europeo de Derechos Sociales, correspondiente al período de referencia 2013-2016, sobre el cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, informando el portal en Internet del Consejo de Europa que tales «Conclusiones» se harán públicas en enero de 2019. Lógicamente, las mismas girarán en torno al informe gubernamental español, ya registrado con fecha 14 noviembre 2017, y accesible en el recién citado portal en Internet. Se trata de un largo documento, redactado en francés, y titulado «30º Informe sobre la puesta en práctica de la Carta Social Europea, sometido por el Gobierno de España. Artículos 2, 4, 5 y 6, y artículo 2 y 3 del Protocolo adicional para el período 01/01/2013 – 31/12/2016. Informaciones complementarias sobre los artículos 10§1 y 18§1 (Conclusiones XXI-1 (2016) [30e rapport sur la mise en oeuvre de la Charte sociale européenne soumis par le Gouvernement de l’Espagne. Articles 2, 4, 5 et 6 et article 2 et 3 du Protocole additionnel pour la période 01/01/2013 – 31/12/2016. Informations complémentaires sur les articles 10§1 et 18§1 (Conclusions XXI-1 (2016)]», en el que –sobre un total de 98 páginas– se dedican 10 páginas a razonar el cumplimiento por España de los artículos 2 y 3 del Protocolo, tratándolos

¹¹¹ Pág. 33.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

separadamente. En mi opinión, no mejora el pronóstico favorable que pudiese llegar a adjudicarse a España el hecho de que nuestro Gobierno mencione implícitamente en su informe la crisis económica, en cuanto que causa eventualmente justificadora del evidente recorte («la austeridad») de derechos laborales habido en buena parte del período de referencia cubierto por el mismo, pues –como ya se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros– el Comité Europeo de Derechos Sociales viene confirmando enérgicamente la vigencia del «principio de no regresión» del nivel de protección garantizado por la Carta, incluso frente a supuestos de hecho muy dramáticos (por ejemplo, los recortes laborales y de todo tipo ocurridos en Grecia, tras su rescate)¹¹⁴. En general, se trata de un informe exhaustivo, aunque –sorprendentemente– deja sin responder la petición de información del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el cumplimiento por la legislación española de los umbrales mínimos señalados por la Directiva 2002/14/CE, a que antes hice referencia¹¹⁵, lo que previsiblemente asegure que el Comité Europeo de Derechos Sociales deje de asignar

a España una conclusión «pura» de cumplimiento del artículo 2 del Protocolo.

24. Sobre el propio artículo 2, el informe gubernamental español se centra en dar respuesta a las cuatro cuestiones suscitadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en sus «*Conclusions XX-3 – Spain*», todas ellas al hilo de alegaciones realizadas por los sindicatos. Respecto de la primera («de acuerdo con el Real Decreto-ley núm. 20/2012, ha habido una reducción de los órganos representativos de personas individuales para los empleados públicos [*pursuant to Royal Decree-Law No. 20/2012 there has been a reduction in the single-person representative bodies for public employees*]»), se limita a afirmar –en esencia, orillando pronunciarse sobre si ha habido o no regresión– que «el acuerdo de 29 octubre 2012, relativo a la ordenación de los recursos atribuidos a las organizaciones sindicales para que puedan cumplir sus funciones, está actualmente en curso de modificación [*l'accord du 29 octobre 2012 relatif à l'aménagement des ressources attribuées aux organisations syndicales pour qu'elles puissent remplir leurs fonctions est actuellement en cours de modification*]»¹¹⁶, y que este nuevo marco a negociarse debería «permitir a las organizaciones sindicales una utilización más eficiente de los recursos que pretenden atribuirse, en un contexto que prioriza la austeridad y la racionalidad [*permettre aux organisations syndicales une utilisation plus efficiente des ressources qu'elles se voient attribuer, dans un contexte qui priorise l'austérité et la rationalité*]»¹¹⁷. Respecto de la segunda cuestión («la negativa a convocar órganos de participación, tales como el Observatorio de Empleo Público, la Comisión para la Igualdad, etc., ha obstaculizado a los sindicatos su derecho a la información y consulta [*the failure to convene participation bodies such as the Public Employment Observatory, the Commission for Equality, etc., has prevented trade unions from their right to information and consulta-*

¹¹⁴ Al respecto, con apoyo de doctrina francesa específicamente estudiosa del tema, véase L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, cit., págs. 150-151.

¹¹⁵ *Supra*, núm. 19. La única alusión a esta Directiva, contenida en el informe gubernamental español, se refiere –con carácter meramente retórico– a lo siguiente: «En la esfera del Derecho comunitario, la consulta de los trabajadores está prevista en diversas Directivas, como la Directiva 2002/14, estableciendo un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores y, señaladamente, la Directiva 94/45, que trata la participación de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, y la Directiva 2001/86, completando el estatuto de la Sociedad europea en lo que concierne a la implicación de los trabajadores [*Dans la sphère du droit communautaire, la consultation des travailleurs est prévue dans plusieurs directives, dont la directive 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs et, notamment, la directive 94/45, qui concerne la participation des travailleurs dans les entreprises et groupes d'entreprises de dimension communautaire et la directive 2001/86 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs*]» (pág. 84).

¹¹⁶ Pág. 85.

¹¹⁷ *Ibidem*.

tion]»), nuestro Gobierno afirma que la Comisión para la Igualdad «se ha reunido 12 veces de 2012 a 2016, lo que está en contradicción con las afirmaciones de las organizaciones sindicales [s'est réunie 12 fois de 2012 à 2016, ce qui est en contradiction avec les affirmations des organisations syndicales]»¹¹⁸, aunque reconoce sus incumplimientos relativos al otro organismo mencionado –lo que puede resultarle mortal–, pretendiendo exculparse con la alegación de hechos posteriores incluso al concreto período de referencia analizado (literalmente, «siendo cierto que el Observatorio no ha cumplido la misión para la cual se creó, en virtud de un acuerdo concluido con los sindicatos el 29 marzo 2017, se ha creado, sin embargo, un grupo de trabajo que desarrolla funciones similares [S'il est vrai que l'Observatoire n'a pas rempli la mission pour laquelle il a été créé, en vertu d'un accord conclu avec les syndicats le 29 mars 2017, un groupe de travail remplissant des fonctions similaires a toutefois été créé]»¹¹⁹). Respecto de la tercera cuestión («el uso de la legislación de protección de datos ha restringido el acceso de los sindicatos a información sobre las condiciones de trabajo [the use of data protection legislation has restricted trade unions' access to information on working conditions]»), el informe gubernamental resulta convincente, al remitirse a la vigente Ley orgánica de protección de datos personales, afirmando –dentro siempre del período de referencia– que «está actualmente en curso ante el Tribunal Supremo (asunto 312/2016) un proceso, relativo a un conflicto colectivo sobre la interpretación de dicha Ley, en el tema de la cesión de datos que figuran en los cuadros de personal [une procédure est actuellement en cours devant le Tribunal suprême (affaire 312/2016), relative à un conflit collectif sur l'interprétation de ladite loi au sujet de la cession de données figurant sur les tableaux des effectifs]»¹²⁰. En fin, respecto de

la cuarta cuestión («el uso de procedimientos de externalización para los servicios públicos y los procesos de privatización tuvo lugar sin ningún diálogo previo con los sindicatos [the use of outsourcing procedures for public services and privatization processes took place without any prior dialogue with trade unions]»), nada en concreto aclara el informe –lo que desde luego tampoco favorece una posible conclusión de cumplimiento–, limitándose a indicar (tras recordar el marco normativo en que ejerce sus funciones la Dirección General de la Función Pública) que «consecuentemente, la negociación se efectúa de manera permanente en el marco de la estructura arriba descrito [par conséquent, la négociation s'effectue de manière permanente dans le cadre de la structure décrite ci-dessus]»¹²¹.

25. Sobre el artículo 3 del Protocolo, recuérdese que el Comité Europeo de Derechos Sociales, en sus «Conclusions XX-3 – Spain», planteaba tres concretas cuestiones¹²², de las que sólo cuenta con una cumplida respuesta, en este informe del Gobierno español, la primera de ellas. Al respecto, lo que se afirma en él es que «respecto a la afirmación según la cual la modificación del Real Decreto 67/2010 no ha contado con ningún apoyo por parte de los sindicatos, conviene igualmente señalar que los interlocutores sociales han tenido una parte importante en la elaboración de dicho Real Decreto, por intermedio de la Comisión técnica para la prevención de riesgos profesionales y del grupo creado en el seno de esta última a efectos de esta participación [concernant l'affirmation selon laquelle la modification du décret royal 67/2010 n'a bénéficié d'aucun appui de la part des syndicats, il convient également de signaler que les partenaires syndicaux ont pris une part importante à l'élaboration dudit décret royal, par l'intermédiaire de la Commission technique pour la prévention des risques professionnels et du groupe créé au sein de cette dernière aux fins de cette

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Pág. 86.

¹²¹ Pág. 87.

¹²² Véase *supra*, núm. 22.

participation]»¹²³, y que «consiguientemente, las exigencias en materia de negociación se han respetado, como lo prueban la aprobación expresada por la Comisión Nacional para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, en 17 julio 2014, y el informe favorable emitido por el Consejo de Estado el 17 noviembre 2014 [par conséquent, les exigences en matière de négociation ont été respectées, comme le prouvent l'approbation exprimée par la Commission nationale pour la sécurité et la santé au travail, le 17 juillet 2014, et le rapport favorable émis par le Conseil d'État le 17 novembre 2014]»¹²⁴. En cambio, nada aclara sobre la segunda cuestión (recuérdese, la eliminación y reducción de fondos de acción social de los empleados públicos, a partir de 2012) –lo que no cabe más remedio que calificar como incumplimiento–, limitándose a recordar sobre la tercera (recuérdese, relativa a servicios e instalaciones sociales y socio-culturales en la empresa) que «el Instituto Nacional de la Salud e Higiene en el Trabajo, a través del Observatorio nacional de condiciones de trabajo, ha publicado la encuesta nacional sobre las condiciones de trabajo 2015 ..., cuyo punto 6, consagrado a la ‘actividad de prevención y a la participación’, contiene un análisis del nivel de participación formal y de implicación de los trabajadores, y la evolución con referencia a 2010 [l’Institut national de la santé et de l’hygiène au travail ..., par l’intermédiaire de l’Observatoire national des conditions de travail, a publié l’Enquête nationale sur les conditions de travail 2015 ..., dont le point 6, consacré à l’activité de prévention et à la participation], contient une analyse du niveau de participation formelle et d’implication des travailleurs et de l’évolution para rapport à 2010]»¹²⁵, remitiéndose al sitio en Internet donde resulta localizable dicha información estadística.

¹²³ Pág. 89.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ *Ibidem*.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., «Información, consulta y participación de los trabajadores en la empresa», en M. NOGUEIRA GUASTAVINO, O. FOTINOPOULOU BASURTO y J.M. MIRANDA BOTO (Directores), *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2012).
- «El centro de trabajo como unidad electoral: Un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188 (2016).
- ARUFE VARELA, A., «La implicación de los trabajadores en la sociedad anónima europea: Puntos críticos sobre la Ley 31/2006, de 18 de octubre», *Actualidad Laboral*, núm. 21 (2009).
- «Los partidos políticos y el salario mínimo interprofesional español. Un estudio comparado con las políticas anti-austeridad salarial en los Estados Unidos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2017).
- CAMPS RUIZ, L.M., *La participación de los trabajadores en la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2010).
- CARRIL VÁZQUEZ, X.M., «Notas acerca de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 julio 1998, sobre despidos colectivos», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22 (2004).
- DE BECO, G. (editor), *Human rights monitoring mechanisms of the Council of Europe*, Routledge (Londres y Nueva York, 2012).
- GOÑI SEIN, J.L., «Libertad ideológica, libertad religiosa y empresas de tendencia», en A. BAYLOS GRAU, J. CABEZA PEREIRO, J. CRUZ VILLALÓN y F. VALDÉS DAL-RE, *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro Homenaje a María Emilia Casas*, La Ley (Madrid, 2015).
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., «El contenido social del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa», *Actualidad Laboral*, núm. 13-22 (2004).
- «La legitimación del socio único de la sociedad de capital unipersonal en los procesos laborales», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154 (2012).
 - «Universalidad y equidad en la asistencia sanitaria», en el volumen *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Laborum (Murcia, 2016).

- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., *Fundamentos de Derecho comunitario y comparado, europeo y norteamericano, del Trabajo y de la Seguridad Social. Foundations on Community and Comparative, European and USA, Labor and Social Security Law*, 2ª ed., Netbiblo (A Coruña, 2010).
- «La condena del Consejo de Europa a España, hecha pública en enero de 2010, por sus incumplimientos de la Carta Social Europea en materia de seguridad y salud laboral», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista Jurídica Interdisciplinaria Internacional*, vol. 15 (2011).
 - *Derecho crítico del Trabajo. Critical Labor Law*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2016).
- MARTÍNEZ MORENO, C., «Los despidos colectivos (Directiva 98/59/CE y normas precedentes)», en J. GARCÍA MURCIA (Coordinador), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2005).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «El marco general para la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (Directiva 2002/14/CE)», en J. GARCÍA MURCIA (Coordinador), *La transposición del Derecho social comunitario al ordenamiento español: Un balance en el XX aniversario de la incorporación de España a la Comunidad Europea*, Ministerio de Trabajo e Inmigración (Madrid, 2005).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., «La reforma de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2011).
- SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., «La información y la consulta a los trabajadores en la empresa», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 38 (2008).
- TEIXEIRA ALVES, L., *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014).
- VÁZQUEZ y VÁZQUEZ, F., *La Carta Social Europea y la Inspección de Trabajo. Un estudio comparado de los ordenamientos español, portugués y francés por la vía del procedimiento de control de informes*, Tesis Doctoral inédita (A Coruña, 2017).
- DE LA VILLA GIL, L.E., «Sobre la reforma del Derecho del Trabajo en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 72 (2008).

RESUMEN

Los artículos 2 y 3 del Protocolo Adicional de 1988 a la Carta Social Europea tratan, respectivamente, del derecho a información y consulta, y del derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral. Estos dos preceptos no forman parte del llamado «núcleo duro» de la Carta (sólo integran el núcleo en cuestión «los artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20» de la Parte I de la versión revisada de la Carta Social Europea), por lo que resultaría teóricamente admisible una ratificación parcial de la misma que no incluyese los dos concretos preceptos a que se refiere este trabajo, aunque España ratificó sin reservas el contenido del Protocolo Adicional de 1988. Se incorporaron al ordenamiento jurídico español, tras la ratificación del Protocolo, con fecha 23 febrero 2000. Los materiales que tiene en cuenta el Comité Europeo de Derechos Sociales para calibrar su cumplimiento por los Estados son, de un lado, el Anexo al protocolo, el Informe explicativo sobre el propio Protocolo y el Digesto de Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (que está clamorosamente necesitado, por causa de toda su utilidad, de una muy necesaria puesta al día); y de otro lado, la Directiva 2002/14/CE, sobre el marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores, y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo interpretando esta misma Directiva (en especial, el caso *Confédération Générale du Travail* de 2007, asunto C-385/05). Son dos preceptos del Protocolo cuyo cumplimiento examina conjuntamente el Comité Europeo de Derechos Sociales, no extrañando este hecho, pues poseen elementos infraestructurales comunes (en especial, sus referencias a «representantes de los trabajadores», «dentro de la empresa» y a la posibilidad de excluir la existencia de este tipo de representantes en empresas pequeñas), aunque su carácter de preceptos sobre derechos genéricos provoca la existencia de peculiares relaciones con otros preceptos de la Carta Social Europea, relativos a derechos más específicos, como su artículo 3 (es jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales –sobre la base de que «el derecho de los representantes de los trabajadores a la consulta a nivel de empresa en materias de salud y seguridad en el lugar de trabajo está igualmente tratado en el artículo 3»– la de que «para los Estados que hayan aceptado los artículos 3 y 22, esta cuestión se examina sólo al amparo del artículo 22», siendo este último precisamente el caso de España) ó 28 (en el que la referencia a los derechos regulados por el artículo 2 del Protocolo es incluso explícita, pues el precepto se rotula «el derecho a información y consulta en procedimientos de despido colectivo», debiendo resolverse las relaciones entre ambos cediendo prioridad aplicativa la norma genérica a la norma específica). Respecto de España, la única vía a disposición del Comité Europeo de Derechos Sociales para calibrar el cumplimiento de estos dos preceptos es la del examen de informes gubernamentales (o procedimiento «tradicional» de control), pero no la del procedimiento de examen de quejas colectivas, dado que España no ha ratificado ni el Protocolo Adicional de 1995 ni la versión revisada de la Carta Social Europea. Por esta vía, respecto del artículo 2 del Protocolo, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha elaborado y publicado cinco «Conclusiones» sucesivas, todas de cumplimiento o conformidad con el Protocolo, aunque de ellas dos son de conformidad «pura» (hechas públicas en 2005 y 2007), y las tres restantes de conformidad «condicionada» al cumplimiento por España del requerimiento de información realizado por el Comité (hechas públicas en 2004, 2010 y 2012). Respecto del artículo 3, el balance de España es todavía mejor, pues de las cinco «Conclusiones» correspondientes al mismo, tres son de cumplimiento «puro» (hechas públicas en 2005, 2007 y 2010) y las otras dos de cumplimiento «condicionado» (hechas públicas en 2004 y 2012). Para el período de referencia 2013-2016, parece razonable pronosticar que las «Conclusiones» correspondientes al cumplimiento por España de ambos preceptos, que se harán públicas en enero de 2019, no serán de cumplimiento «puro». Ello se debe al hecho de que nuestro Gobierno mencione implícitamente en su último informe de cumplimiento

la crisis económica, en cuanto que causa eventualmente justificadora del evidente recorte («la austeridad») de derechos laborales habido en buena parte del período de referencia cubierto por el mismo, pues –como ya se ha puesto de relieve doctrinalmente entre nosotros– el Comité Europeo de Derechos Sociales viene confirmando enérgicamente la vigencia del «principio de no regresión» del nivel de protección garantizado por la Carta, incluso frente a supuestos de hecho muy dramáticos (por ejemplo, los recortes laborales y de todo tipo ocurridos en Grecia, tras su rescate). Además, en cuanto al artículo 2, deja sin responder la petición de información del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre el cumplimiento por la legislación española de los umbrales mínimos señalados por la Directiva 2002/14/CE, lo que previsiblemente asegure que el Comité Europeo de Derechos Sociales deje de asignar a España una conclusión «pura» de cumplimiento de dicho artículo 2. Sobre el artículo 3 del Protocolo, el Comité Europeo de Derechos Sociales, en sus «*Conclusions XX-3 – Spain*», planteaba tres concretas cuestiones, de las que sólo cuenta con una cumplida respuesta, en este informe del Gobierno español, la primera de ellas. Con toda rotundidad, cabe concluir que nada aclara sobre la segunda cuestión (la eliminación y reducción de fondos de acción social de los empleados públicos, a partir de 2012) –lo que no cabe más remedio que calificar como incumplimiento–, limitándose a recordar sobre la tercera (relativa a servicios e instalaciones sociales y socio-culturales en la empresa) que el Instituto Nacional de la Salud e Higiene en el Trabajo, a través del Observatorio nacional de condiciones de trabajo, ha publicado la encuesta nacional sobre las condiciones de trabajo 2015 ..., cuyo punto 6, consagrado a la «actividad de prevención y a la participación», contiene un análisis del nivel de participación formal y de implicación de los trabajadores, y la evolución con referencia a 2010, remitiéndose al sitio de Internet donde resulta localizable dicha información estadística.

Palabras clave: Carta Social Europea; Protocolo Adicional 1988; España; Cumplimiento; Información y consulta; Participación en la empresa; Condiciones de trabajo.

ABSTRACT

Articles 2 and 3 of the Additional Protocol of 1988 to the European Social Charter deal with the right to information and consultation and the right to take part in the determination and improvement of working conditions and the working environment, respectively. These two precepts are not part of the so-called «hard core» of the Charter (only «articles 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 and 20» of Part I of the revised version of the European Social Charter belong to it), so a partial ratification of it would theoretically be admissible as long as it does not include the two specific precepts to which this article refers, although Spain openly ratified the content of the Additional Protocol of 1988. They were incorporated into the Spanish legal system, following the ratification of the Protocol on 23 February 2000. The materials that the European Committee of Social Rights takes into account to calibrate compliance by the States are, on the one hand, the Annex to the protocol, the Explanatory Report on the Protocol itself and the Digest of Jurisprudence of the European Committee of Social Rights (which needs to be updated urgently because of its usefulness); and on the other hand, Directive 2002/14 / EC, on the general framework regarding information and consultation of workers, and the case law of the Luxembourg Court interpreting this Directive (in particular, the case *Confédération Générale du Travail*, 2007, Case C-385/05). There are two precepts of the Protocol whose compliance is examined jointly by the European Committee of Social Rights; this is not strange because they have common infrastructural elements (in particular, their references to «representatives of workers», «within the company» and the possibility that this type of representatives are excluded in small companies), although its nature of precepts on generic rights causes the existence of peculiar relations with other precepts of the European Social Charter, related to more specific rights, such as its article 3 (it is jurisprudence of the European Committee of Social Rights –on the basis that «the right of workers’ representatives to consultation at company level on matters of health and safety in the workplace is likewise dealt with in article 3– that one «for those States that have accepted articles 3 and 22, this issue is examined only under article 22», the latter being precisely the case of Spain) or article 28 (in which the reference to the rights regulated by article 2 of the Protocol is even explicit, since the precept is labelled as «the right to information and consultation in procedures of collective dismissal», having to solve the relations between them by giving priority to the specific norm over the generic one). Regarding Spain, the only way available to the European Committee of Social Rights to gauge compliance with these two precepts is the examination of government reports (or «traditional» control procedure), but not that of the procedure for the examination of collective complaints, given that Spain has not ratified either the Additional Protocol of 1995 or the revised version of the European Social Charter. In this way, with respect to article 2 of the Protocol, the European Committee of Social Rights has prepared and published five successive «Conclusions», all of which comply with the Protocol or are in accordance with it, although two of them are «pure» compliance (made public in 2005 and 2007), and the remaining three are «conditioned» to the compliance by Spain with the information requirement made by the Committee (made public in 2004, 2010 and 2012). Regarding article 3, the balance of Spain is even better, since out of the five «Conclusions» corresponding to it, three are «pure» compliance (made public in 2005, 2007 and 2010) and the other two «conditioned» compliance (made public in 2004 and 2012). For the reference period 2013-2016, it seems reasonable to predict that the «Conclusions» corresponding to the compliance by Spain of both precepts, which will be published in January 2019, will not be of «pure» compliance. This is due to the fact that our Government implicitly mentions the economic crisis in its latest compliance report, as far as it is eventually the cause of the clear cuts of labour rights («austerity») that have occurred throughout a large part of the reference period covered by it, because –as it has already been highlighted doctrinally among us– the European Committee of Social Rights has been strongly confirming the validity of the «principle of non-regression» of the level of protection guaranteed by the Charter, even in the face of very dramatic events of fact (for example, labour cuts and all kinds of cuts in

Greece, after its bailout). Furthermore, with regard to article 2, there is no answer to the European Committee of Social Rights request about information on compliance with the Spanish legislation with the minimum thresholds indicated by Directive 2002/14 / EC, which predictably ensures that the European Committee of Social Rights cease to assign to Spain a «pure» conclusion of compliance with such article 2. In relation to article 3 of the Protocol, the European Committee of Social Rights in its «*Conclusions XX-3 - Spain*» raised three specific questions of which there is only one complete answer to the first of them in this report of the Spanish Government. It can convincingly be concluded that nothing is clarified on the second question (the elimination and reduction of social action funds of public employees, as of 2012) –which has to be qualified as a breach–, only remembering the third (relating to social and socio-cultural services and facilities in the company) that the National Institute of Health and Safety at Work, through the National Observatory of working conditions, has published the 2015 national survey on working conditions, whose point 6, devoted to the «activity of prevention and participation», contains an analysis of the level of formal participation and involvement of workers, and the evolution with reference to 2010, referring to the website where this statistical information can be found.

Keywords: European Social Charter; Additional Protocol of 1988; Spain, compliance; information and consultation; participation in the company; working conditions.

Nivel de cumplimiento de la Carta Social Europea por parte del Estado Español, en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social

Level of compliance with the European Social Charter by the Spanish State, in the matter of prevention of labour risks, health, social security and social protection

JESÚS BARCELÓ FERNÁNDEZ*

1. INTRODUCCIÓN

El Consejo de Europa, en su labor de impulso del progreso social, aprobó en 1954 un Programa Social¹ que llevaría a la aprobación de la Carta Social Europea en 1961², la cual fue concebida desde su origen en relación estrecha con el Convenio Europeo de Derechos Humanos³.

El 24 de noviembre de 1977⁴ España se convirtió en el vigésimo Estado miembro del

* Profesor del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. Antecedentes, génesis y significado de la Carta Social Europea. *Revista de Política Social*, Nº 53, 1962, p. 133.

² Como señala JIMENA QUESADA, Luis: la Carta Social Europea, hecha en Turín de 18 de octubre de 1961, y sus Protocolos de 1988 y 1995 como la Carta Social revisada de 1996 siguen siendo una gran desconocida en nuestro país. Retos pendientes del estado social español en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996. *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*. Nº. 2, 2006 (Ejemplar dedicado a: Los derechos sociales), p. 43.

³ AKANDJI-KOMBE, Jean-François. Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década. *Revista de Derecho Político*, núm. 67, 2006, p. 387.

⁴ Instrumento de Adhesión de España al Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, de

Consejo de Europa lo que le llevaría a firmar, el día 27 de abril de 1978, la Carta Social Europea de 1961, ratificada el 6 de mayo de 1980 y en vigor desde el 5 de junio de 1980⁵, aceptando los 72 párrafos de la Carta, cuya finalidad es garantizar los derechos sociales especificados con objeto de mejorar el nivel de vida y promover el bienestar social.

El 24 de enero de 2000, España ratificaría el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1988⁶ y el Protocolo modificativo de la Carta Social Europea de 1991, que reforma el mecanismo de control. Sin embargo, no ratificaría el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995, que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, ni tampoco ratificaría la Carta Social Europea Revisada de 1996, que reúne en un solo instrumento todos

21 de febrero de 1978. BOE, núm. 51, de 1 de marzo de 1978, páginas 4840 a 4844.

⁵ Treinta días después de la fecha del depósito del Instrumento de ratificación español, de 29 de abril de 1980, (BOE 26 junio 1980, núm. 153, [pág. 14533]), de conformidad con su artículo 35.

⁶ Instrumento de ratificación por parte de España del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1988. BOE, núm. 99, de 25 de abril de 2000, páginas 16074 a 16078.

los derechos garantizados en la Carta Social Europea y el Protocolo adicional, junto con las enmiendas a estos derechos y los nuevos derechos adoptados, lo que ha impedido que se conviertan en derecho interno español⁷.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2000, emitió, por unanimidad, dictamen⁸ en el que señalaba la reticencia entre los Estados miembros, especialmente los pertenecientes a la Unión Europea, a ratificar la Carta Social Europea Revisada de 1996, si bien la mayoría de ellos la han firmado, como es el caso de España.

En opinión de la Comisión Permanente del Consejo de Estado esta reticencia a ratificar el texto revisado de la Carta Social Europea se debe a que se incluyen más obligaciones que en el texto de 1961, y a la interpretación que de la misma y de su alcance realiza el Comité de Expertos Independientes (sic) (Desde 1998, el Comité se llama «Comité Europeo de Derechos Sociales»). En todo caso, la Comisión concluye que con carácter previo a la prestación del consentimiento del Estado Español para obligarse, mediante la Carta Social Europea revisada, es precisa la autorización de las Cortes Generales.

De los 47 Estados miembros que componen actualmente el Consejo de Europa, 43 son Partes en la Carta Social Europea: 34 en la Carta revisada y sólo 9 en la Carta original de 1961, entre ellos, España. Solo Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza no han ratificado ninguno de estos tratados.

⁷ DE LA VILLA DE LA SERNA, Paula. Las tres «Cartas» Europeas sobre Derechos Sociales. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 32, 2001 (Ejemplar dedicado a: Derecho social Internacional y Comunitario), p. 273.

⁸ Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 11 de mayo de 2000. Número de expediente: 1740/2000 (Asuntos exteriores). Referencia: 1740/2000. En cumplimiento de la Orden de V.E. de 24 de abril de 2000, con registro de entrada el día 25 siguiente, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

De esta suerte, el sistema de tratados de la Carta Social Europea forma un conjunto integrado de normas internacionales relativas a los derechos sociales y, a su vez, un mecanismo para supervisar su aplicación dentro de los Estados interesados.

Sin embargo, la Carta Social Europea de 1961 no es una norma de aplicación directa en el Estado Español y la falta de ratificación del Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1996, impide aplicar en España el procedimiento de reclamaciones colectivas que permitiría a sindicatos, entidades sociales u organizaciones patronales demandar al Estado Español cuando las leyes dictadas o las políticas públicas fueran contrarias a la Carta Social Europea⁹.

En este sentido, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña señala, por un lado, la dificultad que supone aplicar directamente la Carta Social Europea de 1961, de resultados de la propia técnica jurídica utilizada en términos generales, en la Parte I claramente programática, y en lo referente a la Parte II cabe decir que de su redacción se desprenden claramente compromisos y obligaciones internacionales que los Estados pretenden asumir y, una vez asumidas, se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, lo que supone sólo la obligación de los Estados a legislar en un determinado sentido, pero no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares¹⁰.

Por otro lado, el Tribunal de Justicia resuelve que no es competente, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho Internacional que vinculan a los Estados miembros, pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión¹¹, como es el caso.

⁹ STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4090/2015 de 22 junio (AS\2015\1823); Fj. 4º.

¹⁰ *Ibidem*, Fj. 4º.

¹¹ STJUE, de 5 febrero 2015. Caso Grima Janet Nisttahuz Poclava contra Jose Maria Ariza Toledano (TJCE 2015\3); Fj. 43.

No se puede desconocer las interpretaciones en el sentido que dan pleno valor y eficacia a la Carta Social Europea de 1961 como tratado internacional de aplicación directa, aplicables a sus destinatarios y que vinculan a los órganos judiciales y administrativos del Estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación quede condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes¹². Sin embargo, la doctrina judicial se alinea mayoritariamente en el sentido de considerar que las disposiciones de la Carta Social Europea no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales, dado su formulación genérica, requieren la adopción de medidas nacionales para la aplicación de la Carta en el derecho interno a fin de ser invocadas por los particulares¹³.

Por tanto, la supervisión del cumplimiento de la Carta Social Europea recae en el Comité Europeo de Derechos Sociales mediante dos procedimientos: las denuncias colectivas presentadas por los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales (sistema de reclamaciones colectivas no ratificado por España) e informes elaborados por los Estados parte (sistema de presentación de informes).

El sistema de presentación de informes se establece en la Parte IV de la Carta de 1961, enmendada por el Protocolo de Turín de 1991, en la que se regula que los Estados parte deben presentar regularmente un informe sobre la aplicación de la Carta en la legislación y en la práctica. Los informes nacionales son exa-

minados por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que decide si las situaciones nacionales que describen cumplen con la Carta, adoptando conclusiones que se publican todos los años. El seguimiento de las conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales está asegurado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que adopta una Resolución por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones. Cuando el Comité llega a la conclusión de que la situación de un Estado Parte no es conforme, éste debe poner la situación en conformidad, y si no toma ninguna medida, el Comité de Ministros puede dirigir una Recomendación a ese Estado, pidiéndole que cambie la situación en la ley y/o en la práctica.

Los informes de los Estados parte se presentan anualmente. Cada año se presenta un informe de cada uno de los cuatro grupos temáticos en que se ha dividido la Carta Social Europea. En consecuencia, cada disposición de la Carta se informa una vez cada cuatro años.

El Grupo 2 es el que contiene las disposiciones sobre: salud, Seguridad Social y protección social (artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30). Los informes en cumplimiento de la Carta Social Europea de 1961, contienen también información del cumplimiento del artículo 4 del Protocolo Adicional de 1988, que corresponde al artículo 23 de la Carta revisada de 1996, pero no del artículo 30. En otros artículos también se hace referencia transversal a los derechos contenidos en este grupo, como es el caso de la prevención de riesgos laborales, por lo que es conveniente tenerlos en cuenta para completar el análisis.

Así pues, en este estudio nos interesa considerar ahora lo proclamado en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social y, en relación a estas materias, analizar el estado de cumplimiento de los objetivos de la Carta Social Europea de 1961 por parte del Estado Español y analizar si también estaríamos en una situación de conformidad con la Carta Social

¹² Voto particular en la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4090/2015 de 22 junio.

¹³ Entre otras: STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 4090/2015 de 22 junio (AS\2015\1823); STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 305/2015 de 22 abril (AS 2015\2155); STSJ de País Vasco, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2184/2015 de 17 noviembre (JUR 2016\60157); STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 908/2016 de 10 febrero (JUR 2016\79037); STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 1388/2016 de 1 marzo (JUR 2016\93901).

Europea revisada de 1995, en una eventual futura ratificación de esta.

2. PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

En la Parte I de la Carta Social Europea de 1961 se reconoce, como uno de los objetivos de su política, establecer aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivo el derecho que tienen todos los trabajadores a la seguridad y a la higiene en el trabajo y, concretamente, se reconoce: el derecho de los niños y los adolescentes a una protección especial contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos; y el derecho de las trabajadoras a una protección especial en su trabajo, en caso de maternidad, y las demás trabajadoras, en los casos procedentes.

En este sentido, el artículo 40.2 de la Constitución Española encomienda a los poderes públicos, como uno de los principios rectores de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo. No obstante, en 1978 seguía en vigor en España la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 1971¹⁴.

El 11 septiembre 1985, España ratifica el Convenio número 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981, aunque anteriormente ya se habían ratificado otros convenios en esta materia, como fueron el Convenio número 115 de la OIT sobre la protección contra las radiaciones, en 1962; el Convenio número 120 de la OIT sobre la higiene (comercio y oficinas), en 1970; o el Convenio número 152 de la OIT sobre seguridad e higiene (trabajos portuarios), en 1982.

Con la entrada de España en la Comunidad Económica Europea (actual Unión Europea) nace la necesidad de armonizar esta materia con la política comunitaria lo que

llevaría, aunque de forma tardía y mediante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre¹⁵, a la transposición de la Directiva marco 89/391/CEE¹⁶, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, que da cumplimiento al artículo 118 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea que obliga al Consejo a establecer, mediante directivas, las disposiciones mínimas para promover la mejora, en particular, del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores.

La actual Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos laborales, tiene por objeto promover la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la aplicación de medidas y el desarrollo de las actividades necesarias para la prevención de riesgos derivados del trabajo (art. 2), reconociéndose el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, lo que supone la existencia de un correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art. 14).

En líneas generales, en la normativa española encontramos la regulación de las condiciones para hacer posible el derecho que tienen todos los trabajadores a la seguridad y a la higiene en el trabajo, que también exige la Carta Social Europea, y en concreto, el derecho a una protección especial de algunos trabajadores especialmente sensibles a algunos riesgos.

Los poderes públicos tienen la obligación de implementar las políticas para la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, con la participación de los empresarios y de

¹⁵ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. BOE, núm. 269, de 10 de noviembre de 1995, páginas 32590 a 32611.

¹⁶ Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. (89/391/CEE). (DO L 183 de 29.6.1989, p. 1).

¹⁴ Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo. BOE, núm. 64, de 16 de marzo de 1971, páginas 4303 a 4314.

los trabajadores, a través de sus organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Estas políticas deben ir dirigidas a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, lo que supone que este objetivo no puede darse por alcanzado hasta que no se elimina totalmente el riesgo.

2.1. Ocupaciones peligrosas o insalubres

En el artículo 2.4 de la Carta Social Europea de 1961, los Estados que han aceptado esta disposición, como es el caso de España, se comprometen a conceder a los trabajadores empleados en determinadas ocupaciones peligrosas o insalubres una reducción de la duración de las horas de trabajo o días de descanso suplementarios pagados.

En la Carta Social Europea (revisada) de 1996 se introduce en la redacción la obligación de eliminar los riesgos inherentes a las ocupaciones peligrosas o insalubres y, sólo en los casos en que no haya sido posible eliminar o reducir suficientemente esos riesgos se prevé la reducción de jornada o el incremento del descanso semanal. Esta premisa necesaria de primeramente evitar o eliminar el riesgo se encuentra entre los principios de la acción preventiva (art. 15).

En muchos convenios colectivos se prevé pluses o complementos salariales por peligrosidad vinculado al puesto de trabajo¹⁷, en

¹⁷ Entre otros: art. 58 del convenio colectivo general del sector de la construcción. BOE 26 septiembre 2017, núm. 232, [pág. 94090, Núm. Págs. 163]; art. 37 del convenio colectivo del personal de administración y servicios laborales de la Universidad de Barcelona, la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad Politécnica de Cataluña, la Universidad Pompeu Fabra, la Universidad de Girona, la Universidad de Lleida y la Universidad Rovira i Virgili. DO. Generalitat de Catalunya 18 enero 2016, núm. 7039; art. 22 del convenio colectivo para la industria de azulejos, pavimentos y baldosas cerámicos de la Comunitat Valenciana. Diari Oficial de la Comunitat Valenciana 16 septiembre 2016, núm. 7875, [pág. 25977]; art. 30 del Con-

razón a la existencia de condiciones peligrosas, penosas y tóxicas, cuando lo que exige los principios de acción preventiva es eliminarlos o reducirlos al mínimo posible en vez de compensar las circunstancias de encontrarse sometido a estos, por lo que estos complementos tiene que tener un carácter transitorio y coyuntural.

En realidad el problema está en que la Carta Social Europea exige la compensación a los trabajadores empleados, en determinadas ocupaciones peligrosas o insalubres, mediante la reducción de la duración de las horas de trabajo o con días de descanso suplementarios pagados y no de forma pecuniaria como regulan algunos convenios colectivos en España. En este sentido, el Comité Europeo de Derechos Sociales señala que la mayor remuneración prevista en algunos convenios colectivos no puede considerarse como una medida adecuada a los efectos del artículo 2.4.

Por otro lado, cuando la normativa prevé una reducción del tiempo de trabajo en ocupaciones con riesgos específicos lo hace como una medida de protección de la salud y la seguridad de los trabajadores y no como una compensación.

Es el caso del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo¹⁸, que regula la limitación o reducción de los tiempos de exposición a riesgos ambientales especialmente nocivos en aquellos casos en que la realización de la jornada ordinaria de trabajo entrañe un riesgo especial para la salud de los trabajadores debido a la existencia de circunstancias excepcionales de penosidad, peligrósi-

venio Colectivo de «Ecoclinic-Athisa, SL». BOE 19 marzo 2002, núm. 67, [pág. 11278]; art. 33 del convenio Colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de centros dependientes del Servicio Valenciano de salud y Diputación provincial. BO. Alicante 1 febrero 2018, núm. 23; o el artículo 43 del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. BOE 1 febrero 2018, núm. 29, [pág. 12853, Núm. Págs. 91].

¹⁸ Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo. BOE, núm. 230, de 26/09/1995.

dad, insalubridad o toxicidad. En todo caso, exige la observancia de la normativa legal de aplicación y que no resulte posible la eliminación o reducción del riesgo mediante la adopción de otras medidas de protección o prevención adecuadas (art. 23).

Se regula también la reducción del tiempo de trabajo en actividades profesionales específicas como es el caso de los trabajos en el campo (art. 24); trabajo en cámaras frigoríficas y de congelación (art. 34); trabajo en cajones de aire comprimido (art. 30); o en el interior de minas (art. 25) y trabajos subterráneos (art. 29), actividades estas últimas en las que también se prevé el incremento del descanso semanal (art. 27).

Igualmente, en algunos reglamentos se contempla como uno de los principios generales para la prevención de los riesgos, la reducción al mínimo de la duración e intensidad de las exposiciones. Es el caso de los reglamentos sobre protección contra riesgos relacionados con los agentes químicos¹⁹; con la exposición a agentes cancerígenos²⁰; con la exposición al ruido²¹; con la exposición a vibraciones mecánicas²²; o con la exposición a radiaciones ópticas artificiales²³.

¹⁹ Art. 4 g) del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. BOE, núm. 104, de 01/05/2001.

²⁰ Art. 7 del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo. BOE, núm. 124, de 24/05/1997.

²¹ Art. 4.1 g) del Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición al ruido. BOE, núm. 60, de 11/03/2006.

²² Art. 5.2. g) del Real Decreto 1311/2005, de 4 de noviembre, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores frente a los riesgos derivados o que puedan derivarse de la exposición a vibraciones mecánicas. BOE, núm. 265, de 05/11/2005.

²³ Art. 4.2. g) del Real Decreto 486/2010, de 23 de abril, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a radiaciones ópticas artificiales. BOE, núm. 99, de 24/04/2010.

En el último reporte de informes de España respecto a este precepto en 2016, el Comité Europeo de Derechos Sociales tuvo que postergar sus conclusiones por falta de información²⁴, sobre todo en lo referente a las regulaciones relacionadas con el trabajo con amianto y radiación ionizante, solicitando información adicional y más completa sobre los convenios colectivos que prevén medidas compensatorias en el sentido del artículo 2.4.

En definitiva, la legislación española cumple con los principios generales de prevención de riesgos laborales al anteponer la eliminación del riesgo y las medidas organizativas de reducción del número de trabajadores expuestos o del tiempo de exposición de cada trabajador al riesgo, antes que compensar económicamente o con reducciones del tiempo de trabajo e incremento del tiempo de descanso, como prevé la Carta Social Europea.

2.2. Garantía del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo

En el artículo 3 de la Carta Social Europea de 1961 se señala que para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad e higiene en el trabajo se debe:

1. promulgar reglamentos de seguridad e higiene;
2. tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos;
3. consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene del trabajo.

²⁴ Conclusiones XXI-1 de 09/12/2016 – España – artículos 2-4. Periodo 01/01/2011 – 31/12/2014.

Todas las conclusiones que se citaran pueden consultarse en la base de datos HUDOC-ESC: <http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESDCType%22:%22FOND%22,%22Conclusion%22,%22Ob%22}>

La Carta Social Europea de 1996 introduce el requisito de la previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y la obligación de formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente sobre seguridad e higiene en el trabajo y sobre el entorno de trabajo, así como promover el establecimiento progresivo de servicios de higiene en el trabajo para todos los trabajadores, con funciones esencialmente preventivas y de asesoramiento.

En las conclusiones de 2017 al artículo 3.1²⁵, relativo a la obligación de promulgar reglamentos de seguridad e higiene, el Comité Europeo de Derechos Sociales señala que las reglamentaciones relativas a la salud y la seguridad en el trabajo deben abarcar el estrés, la agresión y la violencia relacionados con el trabajo y especialmente el de los trabajadores en relaciones laborales atípicas o que trabajan con nuevas tecnologías, procesos o productos.

El informe menciona la aprobación de la Resolución de 26 de noviembre de 2015 del Ministerio de Administración Pública, que publica el acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015 por el que se aprueba el Protocolo de Acción contra la Violencia en el Trabajo dentro de la Administración General del Estado y los organismos públicos asociados o afiliados. La Comisión solicita que en el próximo informe se proporcionen detalles de las medidas adoptadas en virtud del presente Protocolo y las medidas adoptadas para proteger a los trabajadores del estrés, los ataques y la violencia relacionados con el trabajo en el sector privado.

El Comité Europeo de Derechos Sociales señala que el Estado Español cumplió con la solicitud de informar sobre las medidas de protección en la exposición al benceno y las medidas de restricción sobre el uso de productos que contienen benceno, las cuales se enumeran en el anexo XVII del Reglamento

(CE) n° 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de productos químicos (REACH).

El Estado Español presentó en su informe el Programa Nacional de Monitoreo de la Salud de los Trabajadores Expuestos al Asbesto, que fue adoptado por medio de un acuerdo conjunto en 2013, que establece que se ha llevado a cabo una evaluación que abarca los últimos cinco años. El Comité Europeo de Derechos Sociales también llega a la conclusión de que la situación de España con respecto al marco jurídico para la protección de los trabajadores contra el amianto está en conformidad con el artículo 3.1, aunque solicita que se indique si hay planes para revisar el Real Decreto 396/2007, de 31 de marzo de 2006, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud aplicables a los trabajos con riesgo de exposición al amianto.

El Comité también solicitó aclaraciones sobre las modificaciones introducidas por el Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre, sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes, aprobado por Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, dado que el informe no contiene la información solicitada, concretamente, sobre si los trabajadores están protegidos hasta un nivel al menos equivalente al establecido en las Recomendaciones por la Comisión Internacional de Protección Radiológica, reiterando el Comité su solicitud.

Respecto a la protección de los trabajadores temporales, el Comité en 2013 llegó a la conclusión de que la situación de España con respecto al marco jurídico relativo estaba en conformidad con el artículo 3.1. Como el último informe de 2017 no contiene información adicional, el Comité entiende que la situación no ha cambiado y solicita que en el próximo informe brinde información completa y actualizada sobre este punto, concluyendo el Comité Europeo de Derechos Sociales en 2017 que la situación en España es conforme con el artículo 3.1 de la Carta de 1961.

²⁵ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 3-1. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

Respecto al cumplimiento del artículo 3.2, sobre el deber de tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos, el Comité Europeo de Derechos Sociales en las conclusiones de 2017²⁶ comenta los datos sobre accidentes de trabajo contenidos en el informe remitido por el Estado Español que indican que el número total de accidentes laborales aumentó de 408.537 en 2012 a 424.625 en 2014. Este aumento afecta a sectores como la agricultura (25.358 en 2012 y 30.250 en 2014) y servicios (243.210 en 2012 y 264.144 en 2014). Con respecto a los accidentes graves, el número total de víctimas disminuyó (excepto en el sector agrícola) de 3.738 en 2012 a 3.329 en 2014, mientras que el número total de víctimas de accidentes mortales aumentó de 452 en 2012 a 467 en 2014.

El informe también señala que la tasa de incidencia de accidentes aumentó de 2.948,9 en 2012 a 3.111,3 en 2014, y la tasa de incidencia de accidentes mortales aumentó de 3,26 en 2012 a 3,42 en 2014.

Según las cifras de Eurostat, en 2014 la tasa de incidencia estandarizada de accidentes no mortales en el trabajo por cada 100.000 trabajadores fue de 3.220,41 en 2014 cuando el promedio en los países de la Unión Europea (UE-28) fue de 1.642,09 en ese mismo año. Con respecto a los accidentes mortales en el trabajo, la tasa de incidencia estandarizada fue de 3,11 en 2014 (el promedio para los otros países de la UE-28 fue de 2,32 en 2014).

El Comité considera que, durante el período de referencia, aumentaron las tasas de incidencia de accidentes mortales y no mortales, manteniéndose altas y superiores a la media de otros países de la Unión Europea. En consecuencia, el Comité considera que la frecuencia de los accidentes es demasiado alta como para considerar que se garantiza este derecho.

Según el Comité, en el último informe el Estado Español no proporciona ninguna cifra

relevante para el número de enfermedades profesionales, por lo tanto, considera que el seguimiento de las enfermedades profesionales no fue satisfactorio durante el período de referencia.

El Comité invita a las autoridades españolas a comentar esta observación en el próximo informe y solicita que el próximo informe brinde información sobre la definición legal de enfermedades profesionales; el mecanismo para reconocer y revisar las enfermedades profesionales (o la lista de enfermedades profesionales); la tasa de incidencia y el número de enfermedades profesionales reconocidas y notificadas durante el período de referencia (desglosadas por sector de actividad y año), incluidos los casos de enfermedades profesionales mortales, y las medidas adoptadas o previstas.

El Comité señala que, de conformidad con el artículo 3.2 de la Carta de 1961, los Estados parte deben tomar medidas para centrar más las inspecciones de trabajo en las pequeñas y medianas empresas. En último informe el Estado Español menciona la promulgación de la nueva Ley 23/2015, de 21 de julio de 2015, sobre la regulación de la Inspección del Sistema de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), que deroga y reemplaza la Ley 42/1997 de 14 de noviembre de 1997.

El informe del Estado Español establece que los objetivos de la Estrategia Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020 incluyen también el fortalecimiento de las instituciones competentes en relación con la prevención de riesgos laborales, incluida la Inspección del Sistema de Trabajo y Seguridad Social. El Comité solicita que el próximo informe brinde detalles sobre los resultados logrados.

Se proporciona también información sobre el número de inspectores, indicando que el número total de inspectores aumentó mínimamente de 959 en 2012 a 981 en 2014, mientras que el número de subinspectores disminuyó de 912 en 2012 a 861 en 2014. El Comité so-

²⁶ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 3-2. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

licita que se le informe sobre el porcentaje de trabajadores cubiertos por visitas de inspección en cada sector de actividad.

Con respecto al período de referencia, el informe proporciona información detallada sobre el número de visitas de inspección realizadas en relación con la prevención de riesgos laborales (93.305 en 2012 – 69.928 en 2015); el número de intervenciones resultantes de visitas (379.395 en 2012 – 317.431 en 2015); el número de infracciones identificadas (15.983 en 2012 – 14.483 en 2015); el monto total de las sanciones propuestas (46.595.014,76 € en 2012 – 40.215.142,77 € en 2015); el número de trabajadores afectados por infracciones (84.266 en 2012 – 185.702 en 2015); el número de investigaciones de accidentes (9.244 en 2012 – 8.796 en 2015); y el número de infracciones identificadas en los accidentes antes mencionados (2.809 en 2012 – 2.822 en 2015).

En la Resolución de 11 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020²⁷, se establece como uno de los objetivos la nueva organización de Unidades especializadas en prevención de riesgos laborales en los territorios que lo requieran y el establecimiento dentro de las ya existentes áreas específicas para mejorar la eficacia de la programación y de los resultados. Además, de la elaboración y aprobación de los correspondientes criterios operativos sobre el marco de actuación de los nuevos Subinspectores Laborales de Seguridad y Salud Laboral.

El Comité solicita que el próximo informe indique la proporción de trabajadores cubiertos por inspecciones y el porcentaje de empresas que se sometieron a una inspección de salud y seguridad en los años cubiertos por el período de referencia.

²⁷ Resolución de 11 de abril de 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de abril de 2018, por el que se aprueba el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018-2020. BOE, núm. 95, de 19 de abril de 2018, páginas 40368 a 40422.

El Comité concluye que la situación de España no se ajusta al artículo 3.2 de la Carta de 1961 debido a que las medidas adoptadas para reducir el número de accidentes laborales son insuficientes.

El Comité en sus conclusiones de 8 de diciembre de 2017²⁸, sobre el cumplimiento de España del artículo 3.3, sobre el deber de consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene del trabajo, señala que el último informe aportado por España no proporciona ninguna información sobre el artículo 3.3 de la Carta Social Europea de 1961, aplazando su conclusión y remitiéndose a sus anteriores conclusiones de 2013 en la que sostenía que la situación estaba en conformidad con la Carta Social Europea de 1961, solicitando que el próximo informe brinde información actualizada.

En sus anteriores conclusiones de 2010²⁹ el Comité ya había considerado que el mecanismo y los procedimientos de consulta a nivel nacional y empresarial, según lo previsto en el Capítulo V de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, y concluyó que satisfacían el artículo 3.3.

En lo que respecta a la consulta a nivel de empresa, se establece que la Ley 31/1995 regula comités de seguridad y salud en empresas de más de 50 empleados, que estarán compuestos por delegados de prevención de riesgos y representantes del empleador y que prevé que en las empresas de menos de 50 empleados, los delegados de prevención de riesgos gocen de la competencia de los comités de seguridad y salud, incluido el derecho a participar en la elaboración, implementación y evaluación de los planes de acción de prevención de riesgos.

²⁸ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 3-3. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

²⁹ Conclusiones XIX-2 de 02/01/2010 – España – artículo 3-3. Período 01/01/2005 – 31/12/2007.

2.3. Derecho a la especial protección de los trabajadores especialmente sensibles

En el artículo 7.2 de la Carta Social Europea de 1961 se regula el derecho de los niños y adolescentes a la protección de su salud, debiéndose fijar unas edades mínimas más elevadas que los 15 años, para la admisión al trabajo, en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas e insalubres.

En la Carta Social Europea revisada de 1996 se fija en 18 años la edad mínima para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres.

En España incluso antes de la aprobación de la Carta Social Europea de 1961 ya se regulaba en el Decreto de 26 de julio de 1957³⁰ la prohibición de trabajos peligrosos e insalubres a los menores de 18 años. Aunque debe tenerse en cuenta que también se prohibía a las mujeres realizar algunos trabajos, hasta su derogación por la disposición derogatoria única b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que sólo lo mantiene vigente en lo referente a menores.

Igualmente, el artículo 6 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET)³¹ prohíbe a los trabajadores menores de dieciocho años realizar aquellas actividades o puestos de trabajo respecto a los que se establezcan limitaciones a su contratación conforme a lo dispuesto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y en las normas reglamentarias aplicables.

En este sentido, el artículo 27 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre establece que antes de la incorporación al trabajo de jóvenes

menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los mismos, con la finalidad de determinar si la actividad a desempeñar por el menor puede suponer un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

En esta evaluación se debe tener en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto.

Con esta regulación también se da cumplimiento al artículo 7.9 y 10 de la Carta que dispone que será necesario proporcionar una protección especial a los menores de edad contra los peligros físicos y morales a los que estén expuestos en su trabajo, incluyéndose la vigilancia regular de su salud.

El Comité, respecto a la edad mínima en ocupaciones peligrosas o insalubres, ha solicitado información actualizada de las tasas de accidentes y enfermedades profesionales entre los trabajadores jóvenes y en qué tipo de ocupaciones ocurrieron estos accidentes. También ha solicitado datos detallados sobre la naturaleza y el número de infracciones detectadas y las sanciones aplicadas por la Inspección del Trabajo con respecto a la prohibición del empleo de los trabajadores menores de 18 años en ocupaciones peligrosas o insalubres.

A la espera de la recepción de la información solicitada, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 7.2 de la Carta de 1961³².

La Carta Social Europea también establece la prohibición del trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años,

³⁰ Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres. BOE, núm. 217, de 26/08/1957.

³¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. BOE, núm. 255, de 24/10/2015.

³² Conclusiones XX-4 de 12/04/2015 - España - artículo 7-2. Período 01/01/2010 - 31/12/2013.

excepto en ciertos empleos determinados por las Leyes o Reglamentos nacionales (art. 7.8), considerándose en el Anexo a la Carta que una Parte Contratante cumple esta obligación si la legislación dispone, en general, los menores de 18 años no serán empleados en trabajos nocturnos.

El propio artículo 6.2 del TRET prohíbe que los trabajadores menores de dieciocho años realicen trabajos nocturnos (entre las 22:00 y las 06:00), lo cual supone que el Estado Español cumple con la Carta Social Europea en esta cuestión.

Las últimas conclusiones del Comité sobre la prohibición del trabajo nocturno³³, señala que en el informe del Estado Español se indica que la Inspección del Trabajo lleva a cabo inspecciones «in situ» a fin de controlar si los empleadores cumplen con la prohibición del trabajo nocturno y las horas extraordinarias con respecto a los trabajadores menores de 18 años.

La Comisión pregunta si hay excepciones a la prohibición del trabajo nocturno en algunos sectores económicos. Si el próximo informe no proporciona la información solicitada, no habrá nada que demuestre que la situación de España se mantiene en la actual situación de conformidad con el artículo 7.8 de la Carta de 1961 y, concluye, que la situación en España está en conformidad con los artículos 7.9 y 7.10 de la Carta de 1961³⁴.

Más problemática fue la aplicación del artículo 8.4 de la Carta Social Europea en relación al derecho de las trabajadoras a la protección, concretamente, la regulación del trabajo nocturno de la mujer en empleos industriales y la prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera

otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre³⁵. En relación a esta prohibición España denunciaría, de conformidad con el artículo 37 de la Carta Social Europea, el artículo 8.4 b) de dicha Carta, con efectos para España a partir del 5 de junio de 1991³⁶.

Posteriormente, como se ha hecho mención, la disposición derogatoria única b) de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre derogó, en lo referente al trabajo de las mujeres, la regulación contenida en el Decreto de 26 de julio de 1957 sobre Industrias y Trabajos prohibidos a mujeres y menores por peligrosos e insalubres, precisamente por considerar a las mujeres como especialmente sensibles a los riesgos laborales, justificándose con la repetida idea de la debilidad de la mujer y de la necesidad de protegerla³⁷.

El Tribunal Constitucional, en relación a la prohibición de trabajar en el interior de las minas a las mujeres, contenida en el Decreto de 26 de julio de 1957, sostiene que esta prohibición, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos³⁸ y, en consecuencia, es discriminatoria.

Cosa distinta puede ser las situaciones de embarazo o parto reciente en el que se prote-

³³ Conclusiones XX-4 de 12/04/2015 – España – artículo 7-8. Período 01/01/2010 – 31/12/2013.

³⁴ Conclusiones XX-4 de 12/04/2015 – España – artículo 7-9. Período 01/01/2010 – 31/12/2013; y Conclusiones XX-4 de 12/04/2015 – España – artículos 7-10. Período 01/01/2010 – 31/12/2013.

³⁵ Vid. GARCÍA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arántzazu. «Acción preventiva en los colectivos especialmente protegidos (I)». En: *Manual de Prevención de Riesgos laborales (Seguridad, higiene y salud en el trabajo)*. 4ª Ed. Atelier. Barcelona: 2017.

³⁶ Denuncia por España del artículo 8 (4) (b) de la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 26 de junio de 1980. BOE, núm. 112, de 10 de mayo de 1991, páginas 14985 a 14985.

³⁷ MONTAÑA MELGAR, Alfredo. Trabajo de la mujer y prevención de riesgos laborales. *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5/2000. Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 780.

³⁸ STC (Sala Primera), núm. 229/1992, de 14 diciembre (RTC 1992\229), Fj. 2.

ge a la trabajadora, al feto o al recién nacido lactante, de los posibles riesgos que pueden afectarles en estas situaciones concretas y transitorias, reguladas como protección de la maternidad en el artículo 26 de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales.

Así, la Carta Social Europea revisada de 1996 modifica el artículo 8.4 b) para restringir la prohibición sólo a las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos.

En las últimas conclusiones del Comité, sobre regulación del trabajo nocturno y prohibición de trabajos peligrosos, insalubres o arduos a las mujeres trabajadoras y, específicamente, de las mujeres embarazadas o lactantes, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 8.4 a) de la Carta de 1961³⁹.

3. SALUD

La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 43 el derecho a la protección de la salud, como principio rector de la política social y económica, siendo competencia de los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, y debiendo fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte.

Para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución se aprobó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad⁴⁰, que reconoce la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.

³⁹ Conclusiones XX-4 de 12/04/2015 - España - artículo 8-4. Período 01/01/2010 - 31/12/2013.

⁴⁰ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. BOE, núm. 102, de 29/04/1986.

Igualmente, el artículo 42. 1. a) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social⁴¹ incluye dentro de la acción protectora del ámbito de la Seguridad Social la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidente, sea o no de trabajo.

En el artículo 11 de la Carta Social Europea de 1961 se reconoce el derecho de toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud es necesario que las Partes Contratantes adopten una serie de medidas adecuadas, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas.

3.1. Eliminación de las causas de una salud deficiente

En el artículo 11.1 de la Carta Social Europea de 1961 se establece como primera medida la de eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente.

En las conclusiones de 2017, el Comité⁴² observa que la situación del estado de la salud en España se caracteriza por una alta esperanza de vida y baja mortalidad infantil y materna.

En el último informe del Estado Español se indica que la esperanza de vida al nacer en el Estado Español (promedio para ambos sexos) fue de 82,8 años en 2015, lo que supone ser una de las más altas de la región de Europa de la OMS (la segunda después de Suiza con 83,4 años), situándose por encima de la media de los países de la UE-28 (80,6 años en 2015).

⁴¹ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

⁴² Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 - España - artículo 11-1. Período 01/01/2012 - 31/12/2015.

La tasa de mortalidad infantil disminuyó de 3,19 muertes por 1.000 nacidos vivos en 2010 a 2,7 en 2013. En cuanto a la tasa de mortalidad materna, el informe indica que hubo 18 muertes registradas en 2013, lo que significa una tasa de 4,2 muertes por cada 100.000 nacidos vivos.

El informe también indica que las enfermedades cardiovasculares y el cáncer siguen siendo las principales causas de muerte en España, aunque en los últimos años ha habido una disminución en las tasas de mortalidad reales por estas causas.

No obstante, el Comité observa en un informe de la OCDE que las tasas de obesidad entre adultos han aumentado en España del 12,6% en 2000 al 16,6% en 2013, aunque aún sigue siendo menor que el promedio de la OCDE (19%). El mismo informe se indica que el sobrepeso y la obesidad entre los niños también han crecido mucho en España, y aproximadamente tres de cada diez niños y niñas tienen al menos sobrepeso o son obesos, situándose por encima del promedio de los países de la OCDE.

Respecto al acceso a la asistencia médica, según los datos de la OCDE, el gasto en salud en España fue del 9% del PIB en 2013, siendo superior al promedio de la OCDE que fue del 8,9%. Asimismo, en los informes de la OCDE se señala que la reducción del gasto sanitario en España en los últimos años se debe, en parte, a una reducción del gasto farmacéutico, el cual ha disminuido en más del 6% en términos reales cada año desde 2009. Las principales medidas aplicadas para reducir el gasto público de los productos farmacéuticos han sido la prescripción preferente de medicamentos genéricos y nuevos criterios para la elección de los medicamentos sufragados por la Seguridad Social, lo que supone un aumento de los medicamentos a cargo de los usuarios.

En su conclusión anterior de 2013, el Comité recordó que el derecho de acceso a la atención médica también requiere que no se produzcan demoras innecesarias en el acceso

a la atención y solicitó datos específicos sobre los tiempos de espera promedio para el tratamiento en el hospital y consultas de atención primaria. En el último informe se indica que el tiempo promedio de espera para realizar un procedimiento quirúrgico en el sistema nacional de salud fue de entre 89 y 100 días, durante el período de referencia 2012-2015.

Son relevantes las observaciones planteadas sobre el Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, sobre medidas urgentes para garantizar un sistema sanitario nacional sostenible y mejorar la calidad y la seguridad de la asistencia, como son la exoneración del pago farmacéutico a los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo, en tanto subsista su situación, y la aportación de solo un 10% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios, y los enfermos crónicos.

El Comité también destaca la descripción detallada en el informe del Estado Español sobre las estrategias desarrolladas y medidas adoptadas durante el período de referencia en relación con la seguridad del paciente, cáncer, cardiopatía isquémica, salud mental, diabetes, asistencia al parto, salud sexual y reproductiva, enfermedades crónicas, reumáticas y enfermedades musculoesqueléticas, entre otras.

En relación con el acceso a la asistencia médica para extranjeros que estén ilegalmente en España, el Comité se remite a sus conclusiones de 2013⁴³ que se hacía referencia a la evolución legislativa regresiva del acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros que se encuentran irregularmente en España.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero⁴⁴, en la redacción dada por la disposición final 3

⁴³ Conclusiones XX-2 de 12/06/2013 - España - artículo 11-1. Período 01/01/2008 - 31/12/2011.

⁴⁴ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE, núm. 10, de 12/01/2000.

del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril⁴⁵, establece que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria (art. 12).

Igualmente, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, también modificó el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo⁴⁶, para definir el concepto de condición de asegurado, a efectos de asistencia sanitaria en España, a los cuales se les reconoce la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Concretamente, a los extranjeros se les reconocerá la condición de asegurados cuando: a) sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) ostenten la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; c) sean perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; o d) hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y se encuentren en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título y residan en España.

A este respecto, el Tribunal Constitucional señala que el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes y, por ello, puede exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que «por

⁴⁵ Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. BOE, núm. 98, de 24/04/2012. La cual en su exposición de motivos justifica la modificación en la dificultad del Sistema Nacional de Salud de seguir asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de Seguridad Social en origen, bien por esquemas de seguros privados.

⁴⁶ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. BOE, núm. 128, de 29/05/2003.

su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español»⁴⁷.

La Carta Social Europea también se refiere en su artículo 13 al derecho a la asistencia médica en condiciones de igualdad a los nacionales de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en el territorio de otro Estado Parte, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado, siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente, inciso final que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo, puesto que esta disposición en blanco otorga al gobierno, sin ninguna limitación, la potestad de establecer los ingresos máximos que excluirían de la condición de asegurado⁴⁸.

En todo caso, se prevé el derecho a la asistencia sanitaria en situaciones especiales, como es el caso de los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, los cuales recibirán asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica; y asistencia al embarazo, parto y postparto. En cualquier caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán

⁴⁷ STC 139/2016, de 21 de julio de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 4123-2012. BOE, núm. 196, de 15 de agosto de 2016, páginas 60502 a 60552, Fj. 10.

⁴⁸ *Ibidem*. Fj. 9.

asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (artículo 3 ter).

El Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 11.1 de la Carta de 1961, aunque pide que el próximo informe contenga, en particular, información actualizada sobre la disponibilidad de servicios de atención y tratamiento de la salud mental, incluida información sobre la prevención de los trastornos mentales y las medidas de recuperación y sobre los servicios y tratamientos de atención dental.

Sin duda, el Comité se ha limitado a valorar el cumplimiento escrupuloso de la Carta Social Europea de 1961, sin embargo si España tuviera ratificada la carta revisada de 1995 debería cumplir con el artículo 30, sobre el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social y garantizar la obligación de adoptar medidas para promover el acceso efectivo a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias, debiendo incluir a los extranjeros en situación de residencia irregular, que estén en situación de exclusión social o de pobreza. Sin embargo, España también utiliza la crisis económica y la sostenibilidad financiera como justificación de esta medida restrictiva⁴⁹.

3.2. Creación de servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud

El Comité en sus conclusiones de 2017 al artículo 11.2⁵⁰ sobre medidas adecuadas para establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud, y

a la vista de la información contenida en el informe presentado por España respecto a la educación sanitaria en la escuela, indica que la educación para la salud ha sido un componente interdisciplinario de los planes de estudios en las escuelas desde 1989. La educación sanitaria no es una asignatura aparte, se han recopilado metodologías y materiales sobre el tema a lo largo de 25 años y se han celebrado jornadas de estudio entre las Comunidades Autónomas que agrupan a los sectores educativo y sanitario, que deben trabajar conjuntamente en todas las Comunidades Autónomas.

El informe agrega que se han llevado a cabo diversas actividades de promoción de la salud, como la difusión de las recomendaciones de una guía sobre la mejora de la salud en la escuela y los criterios de calidad para la expansión de programas y actividades de promoción de la salud en el sistema educativo. El informe menciona otras medidas como un programa para mejorar la salud de los jóvenes, diseñado para facilitar la difusión de información y estrategias para trabajar con jóvenes en tres áreas clave: salud sexual y reproductiva, consumo de alcohol y salud mental; promoción de la salud en el entorno universitario a través de la Red Española de Universidades Saludables; y medidas relacionadas con la alimentación saludable y la educación nutricional en las escuelas.

También se han implementado campañas para prevenir la obesidad, alentar la alimentación saludable y promover la actividad física y hábitos de vida saludables, promover la higiene y seguridad alimentaria, junto con campañas de información específicas sobre temas como drogas, alcohol, tabaco, dietas, sexualidad y el medio ambiente.

El informe proporciona información sobre los programas de detección de enfermedades endocrinometabólicas y cáncer, y servicios para ayudar a las mujeres (detección de grupos de alto riesgo y diagnóstico precoz de cáncer ginecológico y de mama), niños y adolescentes, adultos y ancianos.

⁴⁹ SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen. Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales. *Actualidad*, N^o: 73. Centro de Estudios Andaluces, Sevilla: julio de 2015, P. 28.

⁵⁰ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 11-2. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

También indica que los controles para los alumnos escolares son gratuitos y se llevan a cabo en los centros de salud, como parte de un programa de salud infantil, como parte de los programas conjuntos de los servicios del sistema nacional de salud. Algunas Comunidades Autónomas tienen sus propios enfoques específicos, lo que significa que algunas actividades de salud escolar, como el control de la obesidad, son parte de un programa distinto, como el Programa Perseo.

En conclusión, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 11.2 de la Carta de 1961.

3.3. Prevención de las enfermedades epidémicas, endémicas y otras

Respecto a la adopción de las medidas adecuadas para prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras (la Carta revisada de 1995 añade los accidentes), el Comité en sus conclusiones anteriores tomó nota de las medidas legislativas de protección del medio ambiente, particularmente en las áreas de calidad del aire, calidad del agua, productos químicos, inocuidad de los alimentos y radiación ionizante y no ionizante, y también solicitó información sobre los niveles de contaminación del aire, la contaminación del agua potable y las intoxicaciones alimentarias durante el período de referencia a fin de evaluar si la tendencia estaba aumentando o disminuyendo.

En respuesta, en el informe del Estado Español se indica que en abril de 2013 se adoptó un plan nacional de mejora de la calidad del aire y que existe un plan nacional de adaptación al cambio climático, que proporciona el marco general para las actividades de evaluación de los efectos del cambio climático en la salud. En 2009, se estableció un Centro de Monitoreo de la Salud y el Cambio Climático que coordina las actividades de cuatro grupos de trabajo de expertos sobre: temperaturas extremas, calidad del aire, calidad del agua y enfermedades transmisibles. El Comité observa que durante

los meses de verano en los años 2012-2015 se activó un plan de acción nacional para implementar las medidas necesarias para reducir el impacto de las temperaturas extremas en la salud pública y coordinar las instituciones estatales afectadas a través de un sistema de pronóstico de temperatura y monitoreo de la tasa de mortalidad diaria y por categoría. Se estableció una comisión interministerial para implementar este plan.

El Comité, en sus conclusiones de 2017 al artículo 11.3⁵¹, pide que se le mantenga actualizada la información sobre cualquier novedad relacionada con la calidad del aire, la calidad del agua, los productos químicos, la inocuidad de los alimentos, las radiaciones ionizantes y no ionizantes.

Con respecto a las tendencias en el tabaquismo, el informe indica que ha habido una reducción general en los niveles generales de tabaquismo entre los adultos, que cayó del 27% en 2012 al 25,4% en 2014 (mientras que la proporción de hombres que fuman fue del 30,4% en 2014, ha habido un descenso más marcado entre las mujeres, del 22,8% en 2011-2012 al 20,5% en 2014). En cuanto al alcohol, el informe indica que ha habido una disminución constante en el consumo per cápita y el consumo diario en las comidas. Sin embargo, también ha habido un incremento del consumo de bebidas alcohólicas, particularmente entre los jóvenes.

Sobre el impacto en la toma de drogas el informe indica que se adoptó un Plan de acción sobre drogas para el período de 2013 a 2016. Cada dos años se evalúa la situación y se elabora un informe o un memorándum que describe las actividades, aunque el Comité echa de menos los datos sobre el impacto del consumo de drogas y solicita que se proporcionen estadísticas relevantes.

En respuesta a una pregunta formulada anteriormente por el Comité, el informe pro-

⁵¹ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 - España - artículo 11-3. Período 01/01/2012 - 31/12/2015.

porciona datos sobre la tasa de cobertura de todas las vacunas incluidas en el programa nacional de inmunización para niños, adolescentes y personas de 65 años o más, datos que demuestra que la tasa de cobertura es alta.

Con respecto a la prevención de enfermedades epidémicas, el informe establece que el diagnóstico y tratamiento de enfermedades transmisibles como la tuberculosis o el VIH se realiza de forma gratuita para todos, incluidos los inmigrantes irregulares, a quienes se les brinda acceso fácil a la salud pública y prevención de enfermedades, incluidos los programas de vacunación y los programas para prevenir y controlar las enfermedades transmisibles administrados por las Comunidades Autónomas.

Con respecto a los casos de tuberculosis los datos muestran una reducción en el número de casos (17,5% en 2007, 18,1% en 2008, 16,6% en 2009, 15,7% en 2010 y 14,7% en 2011, que fue la última fecha de notificación). Según el informe epidemiológico nacional, la tasa de incidencia en 2014 fue del 10,8%. En cuanto al VIH, los datos muestran que la tasa de incidencia se ha mantenido estable.

El Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 11.3 de la Carta de 1961.

4. SEGURIDAD SOCIAL

La constitución Española de 1978 en su artículo 41 encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

El Derecho a la Seguridad Social se consagra internacionalmente, en el artículo 12 de la Carta Social Europea de 1961⁵², que reconoce el derecho a la Seguridad Social a todos

los trabajadores y las personas a su cargo, lo que supone la obligación de las Partes Contratantes de garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, mediante una serie de medidas adecuadas.

4.1. Establecimiento de un régimen de Seguridad Social

La primera medida es la de establecer y mantener un régimen de Seguridad Social que garantice el derecho de los españoles a la Seguridad Social, régimen de Seguridad Social reconocido en el artículo 41 de la Constitución y que se regula en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS)⁵³.

El Estado, por medio de la Seguridad Social, debe garantizar a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en el TRLGSS, en sus modalidades contributiva y no contributiva, acción protectora que se fundamenta en los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad.

El Comité, en sus conclusiones de 2017 al artículo 12.1 de la Carta⁵⁴, constata que el sistema de Seguridad Social español cubre las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes a todos los riesgos tradicionales: atención médica, enfermedad, desempleo, vejez, lesiones laborales, familia, maternidad, invalidez y sobrevivientes, y que las prestaciones contributivas todavía se financian principalmente con las contribuciones sociales de los empleados y los empleadores, mientras que las prestaciones no contributivas se financian con cargo al presupuesto estatal.

⁵² VICENTE PALACIO, Arántzazu. «Concepto. Formación histórica. Fuentes reguladoras. Estructura del Sistema español de Seguridad Social». En: *Manual básico de Seguridad Social*. Atelier. Barcelona: 2016, p. 35.

⁵³ BOE, núm. 261, de 31/10/2015.

⁵⁴ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 - España - artículo 12-1. Período 01/01/2012 - 31/12/2015.

El Comité, para evaluar el alcance de la cobertura personal real, solicitó, en las Conclusiones de 2013, estadísticas detalladas sobre cada una de las prestaciones de la Seguridad Social en el período de referencia. En el caso de la atención médica, preguntó qué porcentaje de la población total estaba cubierta, y en los subsidios que sustituyen la pérdida de ingresos (desempleo, enfermedad, maternidad y vejez), solicitó el porcentaje de individuos asegurados en la población activa total.

En respuesta, en el informe del Estado Español se señala que según las estadísticas oficiales, el 97,82% de los residentes tienen cobertura de atención médica.

En cuanto a los subsidios que sustituyen la pérdida de ingresos, el informe indica que, de acuerdo con las cifras de la oficina nacional de estadísticas, 22,92 millones de personas estuvieron económicamente activas en 2015, de una población total de 46,44 millones y que el número de personas afiliadas en el empleo aumentó de 16,33 millones en 2012 a 17,18 millones en 2015. La Comisión solicita información detallada en el próximo informe sobre la cobertura personal de cada una de las prestaciones que componen la acción protectora de la Seguridad Social.

En las conclusiones del Comité de 2013 se indicaba que el nivel mínimo de prestaciones por enfermedad era inadecuado. En respuesta, en el último informe del Estado Español, las autoridades explican que la prestación de incapacidad temporal no está sujeta a un mínimo vinculado al sistema nacional de referencia (IPREM), sino que corresponde a un 60% (desde el 4º al 20º día de baja por enfermedad) o 75% (a partir del 21º día, o desde el primer día si es debida a una contingencia profesional) de la base de cálculo, que será por lo menos el salario mínimo. Si bien esta información es impugnada por la Confederación de Sindicatos de Galicia, las autoridades mantienen en su informe que los beneficios de enfermedad se calculan en proporción a la base de cotización. El Comité solicita que en el próximo informe se aclare si se pagan be-

neficios adicionales a una persona que gane el nivel mínimo de prestación por enfermedad. Mientras tanto, se reserva su posición en este punto, sin embargo considera adecuada la prestación por incapacidad temporal, que desde el primer día es el 75% de la base reguladora.

En cuanto a la pensión de vejez, el Comité se remite a su evaluación en virtud del artículo 4 del Protocolo Adicional, que se analizará posteriormente.

Respecto a las prestaciones por incapacidad permanente, el Comité observa que la situación es compatible con la Carta de 1961, con respecto a la pensión mínima aplicable a la incapacidad total para el trabajo (a partir de los 60 años), a la incapacidad absoluta y a la gran invalidez.

Por último, el Comité advierte que en el último informe no se facilitan datos relevante sobre las prestaciones de desempleo, aunque los datos del MISSOC, así como de los comentarios presentados por la Confederación de Sindicatos de Galicia se puede comprobar que el nivel mínimo de las prestaciones por desempleo es del 107% del IPREM para los desempleados con responsabilidades familiares y 80% para los que no tienen responsabilidades familiares. Aunque esta información no es totalmente correcta ya que estas cantidades resultantes se han de incrementar en una sexta parte.

El Comité concluye que la situación en España no se ajusta al artículo 12.1 de la Carta de 1961 debido a que el nivel de las prestaciones de desempleo para los desempleados sin responsabilidades familiares es insuficiente, pero como se ha señalado no se ha tenido en cuenta el incremento de una sexta parte, lo que supone que para los desempleados sin responsabilidades familiares el mínimo alcanza aproximadamente el 93,3% del IPREM, lo cual no cabe duda que puede no ser suficiente para proteger estas situaciones de necesidad, especialmente cuando la propia Constitución subraya en especial la necesaria suficiencia de esta prestación.

4.2. Preservación de un régimen de Seguridad Social que garantice una protección suficiente

El artículo 11.2 de la Carta exige a las Partes Contratantes garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la Seguridad Social por medio del mantenimiento de un régimen de Seguridad Social en un nivel satisfactorio, equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio internacional del trabajo número 102 de la OIT, sobre normas mínimas de Seguridad Social (La Carta Social Europea revisada de 1996 sustituye la referencia al Convenio de la OIT por la del Código Europeo de Seguridad Social).

El Convenio 102 sobre la Seguridad Social de la OIT establece un nivel mínimo de prestaciones que han de concederse en caso de que se produzca una de las contingencias, nivel ampliamente superado por la legislación española.

De todos modos, aunque España no ha ratificado la Carta Social Europea revisada de 1996, sí firmó el 12 de febrero de 1993 el Código Europeo de Seguridad Social de 1964⁵⁵, que fija unos mínimos en las prestaciones de Seguridad Social a las que tienen que sujetarse los países miembros del Consejo de Europa que lo ratifiquen, que aunque inspirado en el Convenio 102 de la OIT, éste es más exigente para los Estados miembros que quisieran mejorar los niveles de protección⁵⁶.

El artículo 41 de la Constitución exige que se garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes, mandato que se recoge en el artículo 2.2 del TRLGSS cuando dice que el Estado, por medio de la Seguridad Social, debe garantizar la protección adecuada frente

a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en esta ley.

Esta exigencia de que las prestaciones sean suficientes se ve reflejada en los complementos para pensiones inferiores a la mínima, regulados en el artículo 59 del TRLGSS, que reconoce a los beneficiarios de pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, que residan en España y no perciban otras rentas o percibiéndolas estas no excedan de los límites fijados, el derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones.

En este sentido, el Comité en sus conclusiones al artículo 12.2 de la Carta⁵⁷ señala que España ha ratificado el Código Europeo de Seguridad Social el 8 de marzo de 1994 y ha aceptado las partes II – VI, VIII y IX, reconociendo que en la Resolución del Comité de Ministros de 2016, sobre la aplicación del Código Europeo de Seguridad Social por España (período comprendido entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2015), se concluye que la legislación y la práctica en España cumplen con todas las partes del Código que han sido aceptadas, lo que supone mantener un sistema de Seguridad Social que cumple los requisitos del Convenio núm. 102 de la OIT y, por ende, está en conformidad con el artículo 12.2 de la Carta de 1961 y con la Carta revisada de 1995, aunque España aún no la haya ratificado.

4.3. Mejora progresiva del régimen de Seguridad Social

El artículo 12.3 de la Carta exige a las Partes Contratantes que se esfuercen en elevar progresivamente el nivel del régimen de Seguridad Social.

El Comité en las conclusiones de 2017 a este artículo⁵⁸ valora las mejoras en el dere-

⁵⁵ Instrumento de ratificación del Código Europeo de la Seguridad Social, hecho en Estrasburgo el 16 de abril de 1964. BOE, núm. 65, de 17 de marzo de 1995, páginas 8503 a 8519.

⁵⁶ OJEDA AVILÉS, Antonio. La convergencia europea en materia de Seguridad Social: los problemas de un Código internacional de prestaciones mínimas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 84, 2009, p. 17.

⁵⁷ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 12-2. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

⁵⁸ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 12-3. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

cho a la Seguridad Social, en particular: la integración en el régimen general de Seguridad Social del régimen especial para el personal doméstico y de los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen especial agrario (Ley 27/2011 de 1 de agosto, Ley 28/2011 de 22 de septiembre, Real Decreto Legislativo 29/2012 de 28 de diciembre), y del clero perteneciente a la federación española de iglesias evangélicas (Real Decreto 839/2015 de 21 de septiembre, que ejecuta la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 3 de abril de 2012, en el caso de Manzanas Martín); medidas para autorizar a las personas, bajo ciertas condiciones, a combinar la recepción de una pensión de jubilación con determinadas formas de empleo (Real Decreto Legislativo 5/2013, de 15 de marzo); medidas para ayudar a los trabajadores por cuenta propia, incluidas reducciones y rebajas en sus contribuciones (Real Decreto Legislativo 4/2013, de 22 de febrero, Ley 14/2013, de 27 de septiembre, Ley 25/2015, de 28 de julio); reducción de las contribuciones del empleador en medidas para promover la creación de empresas y el empleo juvenil (Ley 11/2013, de 26 de julio) y la empleabilidad de los trabajadores en general (Real Decreto Legislativo 16/2013, de 20 de diciembre, Real Decreto 3/2014, de 28 de febrero); Real Decreto Legislativo 8/2014 de 4 de julio; Real Decreto 637/2014 de 25 de julio); medidas para proteger a los trabajadores a tiempo parcial (Real Decreto Legislativo 11/2012, de 2 de agosto, Ley 1/2014, de 28 de febrero); y un acuerdo especial para ayudar a las personas con discapacidad (Real Decreto 1567/2013, de 1 de marzo).

Además, en el informe del Estado Español se indica que la pensión media aumentó 3,5% en 2012, 3,4% en 2013, 2,1% en 2014 y 2,2% en 2015, mientras que el IPC se incrementó en un 2,9% en 2012, 0,3% en 2013, se redujo en 1% en 2014 y fue del 0% en 2015, lo que apunta a un aumento en el poder adquisitivo de los pensionistas. No obstante, esto sólo es cierto en el caso de los nuevos pensionistas, ya que los que ya lo son han visto que sus

pensiones sólo se incrementen en un 0,25%, por lo que han perdido poder adquisitivo.

Sin embargo, el Comité observa la adopción de ciertas medidas restrictivas, tales como: la introducción, a finales de 2012, de una condición de residencia en España para el derecho a los complementos de pensión de la Seguridad Social (Real Decreto-Legislativo 1716/2012); la introducción, a partir de 2019 (fuera del período de referencia), de un nuevo criterio para calcular las pensiones, el llamado factor de sostenibilidad, que tiene en cuenta el aumento de la esperanza de vida para salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones manteniendo pensiones adecuadas (Ley 23/2013, de 23 de diciembre); la aplicación, desde 2014, de un nuevo índice para aumentar las pensiones contributivas de la Seguridad Social, el Índice de revalorización de las pensiones de la Seguridad Social, cuyo valor se encuentra entre 0,25% y el IPC + 0,50%, lo que significa que las pensiones ya no están vinculadas al IPC, lo que ha supuesto que desde 2014, se ha aplicado un aumento anual de 0,25%, aunque con medidas correctivas para ayudar a aquellos en las pensiones más bajas; la prórroga del período de cotización necesario para tener derecho a la jubilación anticipada o parcial; de, respectivamente, 33 a 35 años y 30 a 33 años (Real Decreto Legislativo 5/2013, de 15 de marzo); y la introducción de condiciones más restrictivas para el derecho a las prestaciones de desempleo no contributivas, después de los 55 años (Real Decreto Legislativo 5/2013 de 15 de marzo).

El Comité solicita información en el próximo informe sobre los cambios realizados en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, especificando el efecto de estos cambios en el alcance personal del sistema y el nivel mínimo de prestaciones de reemplazo de ingresos.

A la espera de la recepción de la información solicitada, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 12.3 de la Carta de 1961.

4.4. Garantías para la conservación de los derechos de Seguridad Social adquiridos o en vías de adquisición

Para garantizar también el derecho a la Seguridad Social a los trabajadores migrantes se deben adoptar las medidas adecuadas para conseguir la igualdad de trato entre los nacionales de las Partes Contratantes, incluida la conservación de los derechos de Seguridad Social adquiridos o en vías de adquisición y la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes, sin perjuicio que en aquellas prestaciones no contributivas se pueda exigir que se cumpla un período obligatorio de residencia antes de conceder esas prestaciones a los nacionales de otras Partes Contratantes, como reconoce en el Anexo a la Carta.

Esta igualdad de trato entre nacionales y nacionales de otros Estados parte, con respecto a los derechos de Seguridad Social, se garantizará mediante la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales o mediante medidas unilaterales.

En las conclusiones de 2017 al artículo 12.4, sobre el derecho a la Seguridad Social de las personas que se trasladan entre Estados parte de la Carta⁵⁹, el Comité considera que la legislación de la UE sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE, regulada por los Reglamentos (CE) 883/2004 y (CE) 987/2009, modificados por el Reglamento (UE) 1231/2010, garantiza, en principio, la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados miembros de la UE o miembros del EEE, apátridas, refugiados residentes en el territorio de un Estado miembro que estén o hayan estado sujetos a la legislación de Seguridad Social de uno o más Estados miembros, sus familias y sus supervivientes, así como a los nacionales de terce-

ros países, a sus familiares y a sus familiares sobrevivientes, siempre que sean residentes legales en el territorio de un Estado miembro.

En lo que respecta a los acuerdos bilaterales celebrados con otros Estados parte que no son Estados miembros de la UE o del EEE, el informe recuerda que España celebró dichos acuerdos con Andorra, la Federación de Rusia y Ucrania.

En cuanto a las medidas unilaterales adoptadas por España, el Comité señala que la Ley orgánica 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, de 11 de enero de 2000, en particular los artículos 10.1 y 14, garantiza el principio de igualdad de trato entre los nacionales y los nacionales de otros países que están afiliados al régimen de Seguridad Social español.

Sin embargo, el Comité en sus conclusiones anteriores de 2009 y 2013 consideró que era excesivo el requisito de residencia de diez años para beneficiarse de las pensiones de jubilación en su modalidad no contributiva⁶⁰, aunque en el informe indica que tal requisito no implica que la persona interesada sea residente en España durante diez años sin interrupción; de hecho, lo que se exige es residir legalmente en territorio español y haberlo hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación.

La Comisión recuerda que, con respecto a las prestaciones no contributivas, que la sección del Apéndice relativa al artículo 12.4 permite imponer un requisito de residencia a un ciudadano extranjero, siempre que la duración de la residencia requerida sea para el

⁵⁹ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 12-4. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

⁶⁰ Hay que incluir, igualmente en este requisito, la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles de origen, no nacidos en España, residentes en el exterior y retornados, regulado en el Real Decreto 8/2008, de 11 de enero. BOE, núm. 21, de 24 de enero de 2008.

objetivo perseguido (Conclusiones XIII- 4, Dinamarca). Sin embargo, la Comisión considera que la pensión no contributiva de vejez es un beneficio básico que tiene como finalidad garantizar unos ingresos razonables durante su jubilación a las personas mayores de 65 años que no tienen derecho a una pensión contributiva.

En respuesta, en el informe del Estado Español se indica que la residencia en un Estado Parte miembro de la UE o del EEE es, de conformidad con el principio de asimilación de hechos establecido en el artículo 5. b) del Reglamento (CE) 883/2004, tratado como si hubiera tenido lugar en el territorio de España, satisfaciendo así la condición de residencia requerida. Sin embargo, los nacionales de otros Estados parte que no son miembros de la UE o forman parte del EEE no se benefician de tal principio.

Por estos motivos, el Comité considera que el requisito de residencia de diez años aplicable a los nacionales de los Estados parte que no son miembros de la UE o parte del EEE es excesivo y, por consiguiente, no conforme con la Carta en este punto.

En lo concerniente al pago de las prestaciones familiares, el Comité consideró que el requisito de que el niño resida en el territorio del Estado que paga se ajusta al artículo 12.4 [Declaración de interpretación sobre el artículo 12.4, XVIII-1 (2006)] Sin embargo, dado que no todos los países aplican dicho sistema, los Estados parte que aplican el requisito de residencia infantil tienen la obligación de garantizar la igualdad de trato en el sentido del artículo 12.4, en acuerdos bilaterales o multilaterales con aquellos Estados que aplican un principio de titularidad diferente (Conclusión 2006, Chipre).

El Comité, a la vista de que España condiciona el pago de las prestaciones familiares a que los hijos del demandante sean residentes en España, y de que no se han concertado acuerdos con los demás Estados parte que aplican un principio diferente (Albania, Ando-

rra, Armenia y Georgia), reitera su conclusión de no conformidad sobre este punto.

El Comité recuerda que, a falta de cualquier acuerdo bilateral aplicable, la igualdad de trato entre los nacionales de los Estados parte, con respecto a la Seguridad Social, debe garantizarse mediante medidas unilaterales.

Respecto a la posibilidad de exportar las prestaciones de Seguridad Social, el Comité considera que la situación en España es conforme con la Carta de 1961 sobre este punto y en el caso de las garantías de conservación de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social adquiridos o en vías de adquisición para los nacionales de los Estados parte que no son miembros de la UE o del EEE o están vinculados por un acuerdo bilateral con España, el Comité se reserva su posición en este punto y solicita a cada informe futuro que proporcione información sobre el estado actual de la ley o la práctica.

5. DERECHO A ASISTENCIA SOCIAL Y MÉDICA

La Constitución Española de 1978 no formula expresamente el reconocimiento de un sistema público de Servicios Sociales⁶¹, aunque se pueden encontrar en algunos artículos el mandato para que los poderes públicos realicen una función de promoción del bienestar social.

Entre los principios rectores de la política social y económica que promulga la Constitución se encuentran la garantía de que los poderes públicos aseguren la protección social, económica y jurídica de la familia (art. 39.1); la promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico (art. 40.1), con especial atención a deter-

⁶¹ ALEMÁN BRACHO, María del Carmen. La política de asistencia social desde la transición democrática. *Revista de estudios políticos*, núm. 87, 1995, págs. 199-220, p. 201.

minados grupos como son: la juventud (art. 48), las personas con discapacidad física, sensorial y psíquica (art. 49), las personas mayores (art. 50), la familia, los hijos y los niños (artículo 39).

Este concepto amplio de Servicios Sociales se encuentra regulado en los Estatutos de Autonomía en los que asumen la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, en virtud de lo dispuesto en su artículo 148.1.20^a de la CE.

En este marco las Comunidades Autónomas han desarrollado las actuales 17 leyes autonómicas de Servicios Sociales que promueven y garantizan, en el ámbito de cada una de ellas, el derecho de las personas a las prestaciones y servicios del Sistema Público de Servicios Sociales.

El Sistema Público de Servicios Sociales se complementaba con el papel de las Corporaciones Locales (Ayuntamientos y Diputaciones), que la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local de 1985, en su artículo 25. 2. k, les reconocía competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en materia de prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social. Sin embargo, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre⁶², dispondría que las Comunidades Autónomas asuman la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio, relativas a la prestación de los Servicios Sociales y de promoción y reinserción social.

En consecuencia, la Administración del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, en atención a sus competencias, deben cumplir con las políticas de la Carta Social Europea de 1961, estableciendo aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos a la asistencia social y médica a toda persona que carezca de recursos

suficientes y de beneficiarse de los servicios de bienestar social (art. 13).

Para garantizar el efectivo ejercicio de este derecho las Partes Contratantes deben comprometerse a adoptar una serie de medidas adecuadas para hacer efectivo este derecho, como son: asistencia adecuada para todas las personas necesitadas; erradicar la discriminación en el ejercicio de los derechos sociales y políticos de las personas que se beneficien de la asistencia social; garantizar el derecho al asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar; y asistencia de emergencia específica para no residentes.

5.1. Asistencia adecuada para todas las personas necesitadas

El artículo 13.1 de la Carta exige que las Partes Contratantes cuiden por que toda persona que no disponga de recursos suficientes pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

El Comité en su anterior conclusión de 2013, consideró que la situación no estaba en conformidad con la Carta por varios motivos.

El Comité en sus conclusiones de 2017⁶³, observa en el informe que en la mayoría de las Comunidades Autónomas la asistencia social está sujeta al requisito de duración de residencia o vecindad de 12 meses. Sin embargo, en varias Comunidades Autónomas existen acuerdos de reciprocidad que garantizan que las personas que se desplazan a través de ellas continúen recibiendo asistencia social sin estar sujetos a ningún requisito de duración de residencia. En algunas regulaciones autonómicas sólo se exige que se hallen empadronados e incluso aún sin estarlo si se encuentran en estado de necesidad personal básica.

⁶² Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. BOE, núm. 312, de 30 de diciembre de 2013, páginas 106430 a 106473.

⁶³ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 - España - artículo 13-1. Período 01/01/2012 - 31/12/2015.

El Comité entiende que durante el período de referencia no ha habido ningún cambio en la situación en la que las personas que se desplazan a través de los territorios del Estado pierden su derecho a la asistencia social durante un cierto período de tiempo. Por lo tanto, el Comité reitera su conclusión previa de no conformidad por este motivo.

El Comité igualmente observa en el informe que la mayoría de las Comunidades Autónomas establecen un límite a la duración de la prestación, en otras está sujeta a una revisión anual o se mantienen mientras persista la situación que da lugar a la prestación.

El Comité recuerda que la asistencia social debe proporcionarse mientras persista la situación de necesidad y, por lo tanto, no puede estar sujeta a plazos. El derecho a la asistencia social debe estar condicionado solo al criterio de necesidad y la disponibilidad de recursos adecuados y debe ser el único criterio según el cual la asistencia puede ser denegada, suspendida o reducida. El Comité considera que, a pesar de algunos avances positivos en algunas Comunidades Autónomas, no ha cambiado en todas las Comunidades. Por lo tanto, el Comité reitera su conclusión previa de no conformidad por este motivo.

Respecto a la asistencia médica, el Comité reconoce que la asistencia médica cubre a todos los residentes con medios de subsistencia insuficientes, aunque excluye a los que se encuentran residiendo irregularmente.

El Comité toma nota del informe según el cual los ingresos mínimos de integración son competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Según el informe, se han logrado avances considerables en el marco legislativo de los beneficios, particularmente en el reconocimiento del derecho subjetivo de garantía de recursos mínimos para la subsistencia o como instrumento de inclusión social, con la introducción de las prestaciones sociales básicas para los ciudadanos, que se reconocen como tales en los nuevos estatutos de autonomía de determinadas Comunidades Autó-

nomas, bajo diferentes denominaciones, como renta básica, renta garantizada, etc.

En todo caso, las condiciones que se deben cumplir, como por ejemplo, el requisito de residencia, la duración del beneficio o su cuantía, pueden diferir según las Comunidades Autónomas y, en todo caso, la cuantía de las ayudas son objetivamente insuficientes.

El Comité recuerda que, en virtud del artículo 13.1, los Estados tienen la obligación de proporcionar asistencia médica y social adecuada a todas las personas necesitadas, tanto sus propios nacionales como los nacionales de los Estados parte que residen legalmente en su territorio, en plena igualdad.

En opinión del Comité los Estados que han aceptado el artículo 13.1 deben garantizar el derecho a la asistencia social y médica adecuada para sus propios nacionales y para los nacionales de otros Estados parte que residen legalmente en su territorio en igualdad de condiciones; y la asistencia social y médica de emergencia a personas que se encuentren ilegalmente en su territorio.

El Comité observa que los extranjeros en situación irregular tienen derecho a la atención médica en el caso de una emergencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, hasta su recuperación; o durante el embarazo, el parto y el período postnatal. En todos los casos, los extranjeros menores de 18 años reciben atención médica en las mismas condiciones que los nacionales.

Según el informe, además de estas acciones, que entran en el ámbito de los servicios de salud prestados por el sistema nacional de salud, las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias exclusivas de asistencia social, han tomado medidas para preservar la salud de los extranjeros menores de 18 años de edad que no están autorizados a residir en España o que no están registrados como residentes pero que están de facto en el territorio de una Comunidad Autónoma y no

tienen recursos financieros suficientes para satisfacer sus necesidades de salud.

En 2015, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad consideró la posibilidad de establecer criterios mínimos para unificar los criterios de las Comunidades Autónomas y así racionalizar el acceso de las personas sin residencia legal al sistema de atención de salud a través de la atención básica (como complemento a la atención en los servicios de emergencia) y atención integral para mujeres embarazadas y menores.

El Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con el artículo 13.1 de la Carta de 1961 debido a que el derecho a algunas prestaciones sociales está sujeta a un requisito de duración de la residencia en la mayoría de las Comunidades Autónomas; que no en todas las Comunidades Autónomas se mantienen mientras persiste la situación de necesidad; y que el nivel de asistencia social que se paga no siempre es adecuado.

5.2. Erradicación de la discriminación en el ejercicio de los derechos sociales y políticos de las personas que se beneficien de la asistencia social

El Comité en las conclusiones de 2017⁶⁴ recuerda que, de conformidad con el artículo 13.2 de la Carta, debe erradicarse toda discriminación contra las personas que reciben asistencia que pueda resultar, directa o indirectamente, de una disposición expresa. La Comisión solicita al próximo informe que proporcione información actualizada sobre la prohibición de la discriminación contra las personas que reciben asistencia social o médica en el ejercicio de sus derechos políticos o sociales.

A la espera de la recepción de la información solicitada, el Comité concluye que la si-

tuación en España está en conformidad con el artículo 13.2 de la Carta de 1961.

5.3. Derecho al asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar

El artículo 13.3 de la Carta obliga a las Partes Contratantes a promover los servicios adecuados, públicos o privados, para que todas las personas puedan obtener el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar.

Según el informe del Estado Español, los servicios de información, orientación, asesoramiento, diagnóstico y evaluación del bienestar son uno de los elementos esenciales del sistema de Servicios Sociales. Estos servicios representan la puerta de entrada al sistema público de Servicios Sociales al proporcionar información, asesoramiento técnico, orientación y evaluación. Facilitan el acceso a diferentes recursos al tiempo que garantizan los derechos sociales.

El Comité en las conclusiones de 2017⁶⁵ reconoce que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva en el ámbito de los Servicios Sociales y han avanzado en la actualización del marco legislativo, en particular en el reconocimiento de determinados Servicios Sociales. Además, ha aumentado el número de Comunidades Autónomas que tienen o planean tener una cartera o catálogo de Servicios Sociales.

El informe destaca que, a nivel nacional, el Catálogo de Referencia de Servicios Sociales, fruto del consenso y trabajo conjunto con las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, fue aprobado en enero de 2013 por iniciativa del Ministerio de Sanidad,

⁶⁴ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 13-2. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

⁶⁵ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 13-3. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

Servicios Sociales e Igualdad. Este documento enumera todos los servicios que las personas pueden reclamar en todo el territorio español, a la vez que define los principios comunes de calidad y buen uso.

El Comité recuerda que el artículo 13.3 se refiere a los servicios gratuitos que ofrecen asesoramiento y asistencia personal dirigidos específicamente a personas sin recursos adecuados o en situación de riesgo de exclusión social, con un papel preventivo, de apoyo y de tratamiento. Esto significa ofrecer asesoramiento y asistencia para que los interesados sean plenamente conscientes de su derecho a la asistencia social y médica, y cómo pueden ejercer esos derechos. Al evaluar las situaciones nacionales en virtud de esta disposición, el Comité examina específicamente si existen mecanismos para garantizar que las personas necesitadas puedan recibir servicios de ayuda y asesoramiento personal de forma gratuita y si dichos servicios e instituciones se distribuyen adecuadamente sobre una base geográfica.

A la espera de la recepción de la información solicitada, el Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 13.3 de la Carta de 1961.

5.4. Asistencia de emergencia específica para no residentes

El artículo 13.4 de la carta exige que las Partes Contratantes apliquen los derechos reconocidos en este artículo en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes Partes Contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953.

El Comité en sus conclusiones de 2017⁶⁶ indica que en relación al artículo 13.1 (alcan-

⁶⁶ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – Artículo 13-4. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

ce personal), recuerda que el artículo 13.4 a partir de ahora cubrirá la asistencia social y médica de emergencia para los nacionales de los Estados parte legalmente presentes (pero no residentes) en el territorio.

El Comité recuerda que los Estados parte deben proporcionar a los extranjeros no residentes sin recursos asistencia social y médica de emergencia (alojamiento, alimentos, atención de emergencia y vestimenta) para hacer frente a un estado de necesidad urgente y grave (sin interpretar estrictamente la urgencia y gravedad). No se puede establecer ninguna condición de duración de permanencia en el país en el derecho a asistencia de emergencia.

En el informe se indica que la Ley 4/2000, de 11 de enero de 2000, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece en el artículo 14 (derecho a la Seguridad Social y Servicios Sociales) que los extranjeros, independientemente de su estado administrativo, tienen derecho a los servicios y beneficios sociales básicos. Según el propio informe, en el año 2014 se beneficiaron de Servicios Sociales 472.918 extranjeros.

El Comité concluye que la situación en España está en conformidad con el artículo 13.4 de la Carta de 1961.

6. DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LOS SERVICIOS SOCIALES

La Carta Social Europea en su artículo 14 reconoce el derecho a los beneficios de los Servicios Sociales.

Para garantizar el ejercicio efectivo de este derecho, las Partes Contratantes deben fomentar u organizar Servicios Sociales que contribuyan al bienestar, adaptación social y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad.

Igualmente, es importante impulsar la creación y mantenimiento de Servicios Socia-

les con la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase.

6.1. Promoción y organización de Servicios Sociales

Respecto a la organización de los Servicios Sociales, el Comité en su conclusión anterior de 2013 consideró que la situación en España no era conforme con el artículo 14.1 de la Carta de 1961 debido a que no estaba garantizado el acceso efectivo a los Servicios Sociales.

En el posterior informe del Estado Español se recuerda que la responsabilidad de los Servicios Sociales recae en las Comunidades Autónomas y que en virtud del artículo 139.1 de la Constitución Española de 1978, todos los españoles deben tener los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado, mientras que el artículo 149.1.1 establece la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes constitucionales. El principio de igualdad en el acceso a los Servicios Sociales se reconoce en todas las leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.

Como dato, el informe señala que el número de beneficiarios de los Servicios Sociales aumentó constantemente hasta 2010 (6.946.299), ya que el impacto de la crisis económica comenzó a hacerse sentir, antes de caer bruscamente durante el período 2011-2014 (5.466.140). El informe también indica la proporción de beneficiarios con respecto al personal de Servicios Sociales (157:1 en 2014 en comparación con 192:1 en 2008).

En su conclusión anterior de 2013, el Comité concluyó que la situación en España no estaba en conformidad con el artículo 14.1 de la Carta de 1961 debido a que las condiciones que debían cumplir los proveedores de Servicios Sociales no estaban claramente definidas.

En las respectivas legislaciones de las Comunidades Autónomas, sobre Servicios Sociales, se establecen el marco de cooperación con

las entidades privadas prestadoras de Servicios Sociales y especifican los criterios que deben cumplir los proveedores de servicios y las condiciones que rigen la prestación del servicio, aunque no hay un marco único, por lo tanto, ya que este es un asunto exclusivo de las Comunidades Autónomas. No obstante, el Catálogo de referencia de Servicios Sociales aprobado el 16 de enero de 2013 establece los principios rectores para la prestación de Servicios Sociales públicos, que son los de: universalidad, responsabilidad pública, igualdad, equidad, prevención y dimensión comunitaria, promoción de la autonomía personal, atención personalizada e integral, inserción y normalización, proximidad, solidaridad, calidad, participación, cooperación y colaboración.

El Comité, en sus conclusiones de 2013, también consideró que la situación en España no era conforme con el artículo 14.1 de la Carta de 1961 debido a que no se garantizaba la supervisión de la calidad de los Servicios Sociales.

La calidad es uno de los principios establecidos en el Catálogo y está destinado a garantizar la existencia de unos estándares mínimos y adecuados para el conjunto de las prestaciones, incluyendo instrumentos de evaluación que la promuevan, con el fin último de la mejora continua del Sistema Público de Servicios Sociales. No obstante, no se aportan datos que puedan corroborar que las Comunidades Autónomas cumplen con este principio de calidad de los Servicios Sociales prestados.

En este sentido, el Comité solicita que el próximo informe presente información detallada sobre el desarrollo de los instrumentos establecidos para promover la calidad de los Servicios Sociales en todas las Comunidades Autónomas.

A la espera de recibir la información solicitada, el Comité en 2017⁶⁷ concluye que la si-

⁶⁷ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 14-1. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

tuación en España es conforme con el artículo 14.1 de la Carta de 1961.

6.2. Promoción del establecimiento y mantenimiento de Servicios Sociales

El Comité en sus conclusiones de 2013, consideró que la situación en España no estaba en conformidad con el artículo 14.2 de la Carta de 1961, debido a que no se había documentado la existencia de medios de seguimiento y control de las acciones de las organizaciones no gubernamentales y otros proveedores de servicios no públicos.

Las más recientes legislaciones sobre Servicios Sociales promulgada por las Comunidades Autónomas durante el período de referencia garantizará a los ciudadanos que utilizan los Servicios Sociales un derecho de participación, principalmente, mediante el Sistema Estatal de Información de Servicios Sociales (SEISS) que acerca a la sociedad los resultados de las políticas públicas en la materia, de forma transparente y sencilla en su página web.

El SEISS presenta indicadores publicados periódicamente por los departamentos competentes de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Estos indicadores son los siguientes: personas mayores; personas en situación de dependencia; pensiones no contributivas de la Seguridad Social; Servicios Sociales de atención primaria; protección a la infancia; personas con discapacidad; rentas mínimas de inserción; y familias numerosas.

Con la existencia del Sistema Estatal de Información de Servicios Sociales (SEISS), el cual recopila y sistematiza la información y los datos de los Servicios Sociales de España, como medios de control y supervisión de los mismos, se avanza en el control y garantía de los Servicios Sociales.

El informe indica que diversas iniciativas han sido implementadas por profesionales en

el sector de Servicios Sociales. El 21 de enero de 2015, el Consejo General de Trabajo Social firmó la Alianza para la sostenibilidad y la mejora de los cuatro pilares básicos del estado de bienestar: salud, Servicios Sociales, educación y pensiones. Quince organizaciones científicas, profesionales y ciudadanas la firmaron con el compromiso y la responsabilidad de mejorar los canales de participación estructurales con el Estado y ser un agente social plenamente reconocido, con el objetivo de mejorar el diálogo social, la participación ciudadana y de las organizaciones de la Sociedad Civil con el Estado y partidos políticos, el estado del bienestar y su sostenibilidad, e incorporar la prevención en todas las áreas de actuación de los sistemas, como una herramienta clave y estratégica a potenciar.

El Comité, en sus conclusiones de 2017⁶⁸, reconoce que la situación en España está en conformidad con el artículo 14.2 de la Carta de 1961.

7. DERECHO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA A PROTECCIÓN SOCIAL

Es mandato constitucional que los poderes públicos garanticen, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad y promuevan el bienestar de los ciudadanos durante la tercera edad mediante un sistema de Servicios Sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio (art. 50 CE).

El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, de 5 de mayo de 1988, en su artículo 4 incorpora a la Carta el derecho a protección social de las personas ancianas, recogido en el artículo 23 de la Carta revisada de 1995, pero refiriéndose más adecuadamente a personas

⁶⁸ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 - España - artículo 14-2. Período 01/01/2012 - 31/12/2015.

de edad avanzada, aunque sin modificar su contenido.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las personas de edad avanzada a protección social, las Partes Contratantes deben adoptar medidas apropiadas orientadas a permitir que estas personas sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible, y poder elegir libremente su estilo de vida y llevar una existencia independiente en su entorno habitual mientras lo deseen y les sea posible hacerlo.

7.1. Promoción y garantía del mantenimiento de la actividad y autonomía

Las Partes Contratantes de la Carta deben promover la vida activa de las personas de edad avanzada para que sigan siendo miembros plenos de la sociedad durante el mayor tiempo posible. Para ello es necesario que las personas de edad avanzada cuenten con recursos suficientes y de servicios que se les pongan a disposición con este fin.

El Comité, en sus conclusiones de 2017⁶⁹, señala que el objetivo principal del artículo 4 del Protocolo adicional a la Carta de 1961 (art. 23 de la Carta revisada de 1995) es permitir a las personas de edad seguir siendo activas en la sociedad, combatiendo la discriminación por edad e implementando un procedimiento de toma de decisiones asistida.

Con respecto a la lucha contra la discriminación de las personas de edad avanzada, el Comité observó que la edad no figuraba entre los motivos de discriminación expresamente prohibidos por el artículo 14 de la Constitución española. Sin embargo, la redacción del artículo 14 de la Constitución es tal que puede abarcar otros motivos que los enumerados explícitamente, incluida la edad. El Comité soli-

citó información sobre la existencia de jurisprudencia sobre la discriminación por motivos de edad fuera del empleo que proteja a las personas de edad de esa forma de discriminación.

En la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁷⁰, que integra el acervo europeo común en materia de derechos fundamentales⁷¹, se hace referencia explícita a la discriminación por edad. Igualmente en el Tratado de la Comunidad Europea, a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1997, se incluyó un nuevo artículo 13, en el cual se incluía la edad, e igualmente en el artículo 10 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado según Tratado de Lisboa⁷², se establece que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación, haciendo referencia explícita a la que tiene por causa la edad.

Igualmente, la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea⁷³, de diciembre de 2000, en su artículo 21, prohíbe toda discriminación, y en particular prevé, entre otras, la ejercida por razón de edad. En ese mismo año, la UE adoptó la Directiva 2000/78/CE⁷⁴ del Consejo, por las que se prohíbe la discriminación directa e indirecta, entre cuyos motivos se encuentra también la edad.

⁷⁰ Acuerdo de 7 de diciembre 2000. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. DOC 18 diciembre 2000, núm. 364, [págs. 1-22].

⁷¹ GARCÍA NINET, José Ignacio; GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo. La dimensión europea de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, N° 67, 2007, p. 32.

⁷² Tratado de 25 de marzo 1957, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007. Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. BOE 27 noviembre 2009, núm. 286; rect. BOE 16 febrero 2010, núm. 41; BOE 1 junio 2010, núm. 133.

⁷³ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE, núm. 83, de 30 de marzo de 2010, páginas 389 a 403. DOUE-Z-2010-70003.

⁷⁴ Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre. Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. DOL 2 diciembre 2000, núm. 303, [pág. 16, Núm. Págs. 7].

⁶⁹ Conclusiones XXI-2 de 08/12/2017 – España – artículo 23. Período 01/01/2012 – 31/12/2015.

En la legislación española, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁷⁵, establece diversas medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato, en transposición a nuestro derecho de la Directiva 2000/43/CE y de la Directiva 2000/78/CE, incluyendo la edad en la definición del principio de igualdad de trato, de discriminación directa e indirecta y entre las causas de acoso, modificando determinados preceptos legislativos en los que se incorpora la edad entre las causas de discriminación.

La Comisión reconoce que, durante el período de referencia, España llevó a cabo una importante reforma de su sistema para promover la autonomía personal y la asistencia a las personas dependientes, aunque solicita que en el próximo informe se brinde más información sobre los principales cambios introducidos a través de esta reforma.

Al evaluar la adecuación de los recursos de las personas de edad con arreglo al artículo 4 del Protocolo adicional a la Carta de 1961, el Comité toma en consideración todas las medidas de protección social garantizadas a las personas de edad y destinadas a mantener un nivel de ingresos que les permita llevar una vida digna y participar activamente en la vida pública, social y cultural. En particular, el Comité examina las pensiones, contributivas y no contributivas y otras prestaciones complementarias disponibles para las personas de edad y solicita que en el próximo informe se brinde información completa y actualizada sobre el nivel de pensiones no contributivas y otros beneficios y/o prestaciones a los que tienen derecho los beneficiarios de esta pensión.

La cuantía mínima de la pensión contributiva de jubilación para quienes tienen 65 años de edad y han completado el período de contribuciones necesarias en 2018 es de 788,90

euros mensuales, si tiene cónyuge a cargo; de 639,30 euros mensuales, sin cónyuge (unidad familiar unipersonal); y de 606,70 euros mensuales, con cónyuge no a cargo.

Precisamente, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social⁷⁶, declara que el índice de revalorización de las pensiones tiene como objetivo la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, garantizando, además, la suficiencia de las mismas, tal y como se exige en el artículo 50 de la Constitución Española, argumentación cuestionable a la vista del actual nivel de revalorización de las pensiones de jubilación.

Por otro lado, tienen derecho a la pensión de jubilación no contributiva las personas mayores de 65 años que no tienen derecho a lucrar una pensión contributiva y que no tienen ingresos suficientes. La cuantía individual actualizada de 2018 para cada pensionista se establece, a partir del importe íntegro que es de 369,90 euros, en función de sus rentas personales y/o de las de su unidad económica de convivencia, no pudiendo ser la cuantía inferior a la mínima del 25% de la establecida (92,48 euros).

El umbral de pobreza, definido como el 50% del ingreso medio equivalente y calculado sobre la base del valor umbral de Eurostat en riesgo de pobreza, se estimó en 552,88 euros mensuales para 2014. La Comisión señala que las pensiones de vejez, tanto contributiva como no contributiva, generalmente están por encima del umbral de pobreza. No obstante se puede comprobar que las no contributivas se sitúan por debajo de este umbral, incluso comparándolas con las de 2018.

El Comité observa en el informe que las personas de edad avanzada se benefician de

⁷⁵ Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. BOE 31 diciembre 2003, núm. 313, [pág. 46874]; rect. BOE 3 enero 2004, núm. 3, [pág. 130]; BOE 1 abril 2004, núm. 79, [pág. 13787].

⁷⁶ Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. BOE, núm. 309, de 26 de diciembre de 2013, páginas 105137 a 105144.

los programas de turismo social que ofrecen vacaciones y/o hidroterapias subvencionadas por el Estado.

Con respecto a las medidas para informar a las personas sobre la existencia de servicios e instalaciones, el Comité observa, en primer lugar, que en enero de 2013, España adoptó un catálogo de referencia de Servicios Sociales. Este catálogo enumera todos los servicios disponibles para personas en toda España, mientras que al mismo tiempo establece principios comunes que rigen la calidad y el uso adecuado, existiendo numerosas herramientas informáticas para proporcionar información a las personas de edad y al público en general.

Con respecto a la atención primaria de salud, el Comité observa que, según el informe la atención domiciliaria de enfermería para personas mayores representó el 12% de las actividades de atención primaria, y el número de visitas domiciliarias ascendió a 9.653.997.

Respecto a las viviendas o residencias para las personas de edad, el informe indica que durante el período de referencia, España adoptó un plan nacional 2013-2016 que consta de dos programas: un programa de renovación de edificios y un programa de renovación y regeneración urbana. El Comité desea que se le informe sobre la implementación de estos programas y sus resultados en el próximo informe.

El Comité también preguntó si las plazas disponibles de atención personalizada a mayores coincidían con la demanda. El Comité señala que, a 1 de enero de 2014, 8.442.427 personas tenían 65 años o más. También señala que hubo 467.899 plazas de atención personal de mayores, distribuidos en 3.174 centros de día y 6.610 instalaciones residenciales. Los centros de día en ese año atendieron a 7.963 personas, lo que equivale a una tasa de cobertura nacional de aproximadamente 1,02.

A la espera de recibir la información solicitada, el Comité posterga su conclusión respecto al cumplimiento de este artículo de la Carta Social Europea.

8. CONCLUSIONES

La Carta Social Europea de 1961, en lo que respecta a las materias analizadas, contiene unos estándares mínimos que están generalmente superados por la legislación española, e incluso superando los de Carta revisada de 1995, lo que supone que no debería existir ningún inconveniente de carácter sustantivo para la ratificación de ésta última.

Sin embargo, posiblemente el problema para el Estado Español sea aceptar el sistema de reclamaciones colectivas al que debería someterse con la ratificación.

Así, en materia de prevención de riesgos laborales, nuestra legislación cumple con los estándares más exigentes de la UE, el problema es la situación en la práctica, en que se pone de evidencia que los problemas de financiación⁷⁷, el escaso desarrollo de riesgos como los psicosociales y una elevada tasa de accidentes de trabajo, son el obstáculo para garantizar una protección adecuada y suficiente, que garantice en la práctica los derechos reconocidos en la legislación.

Igualmente, la situación del estado de la salud en España es muy satisfactoria, caracterizándose por la alta esperanza de vida y baja mortalidad infantil y materna. Aunque la no cobertura sanitaria de los extranjeros en situación irregular sigue provocando críticas y conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

El sistema de Seguridad Social español cubre las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes a todos los riesgos tradicionales, aunque es discutible que, en todos los casos, se garantice la suficiencia de las prestaciones, suficiencia que puede garantizarse incrementando la cuantía de las pensiones mínimas. No obstante, la normativa española en

⁷⁷ SALCEDO BELTRÁN, M^a Carmen. Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Semestre 2013, p. 81 y 134.

esta materia está en conformidad con la Carta de 1961 y con la Carta revisada de 1996, aunque España aún no la haya ratificado.

En materia de Asistencia Social la Administración del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas, en atención a sus competencias, deben cumplir con las políticas de la Carta Social Europea de 1961, lo que supone que este derecho se reconozca de distinto modo en una u otra Comunidad Autónoma, como son los casos de exigencia en algunos casos de empadronamiento o de establecer un límite temporal de la ayuda. Todo ello, junto a la insuficiente cuantía de las ayudas, es lo que motiva al Comité a reiterar su conclusión previa de no conformidad.

El derecho a los beneficios, de los Servicios Sociales, también tienen que ser garantizados por las Comunidades Autónomas, aunque no hay suficientes datos para poder concluir si todas cumplen con la promoción de la calidad de los Servicios Sociales. A pesar de ello, y a la espera de recibir la información solicitada, el Comité concluye que la situación en España es conforme con la Carta de 1961.

Los derechos de Protección Social de las personas de edad avanzada no se encuentran totalmente garantizados, aún hay muchos jubilados que perciben pensiones insuficientes, los jubilados están perdiendo poder adquisitivo y faltan muchos recursos para asegurar la aplicación de la Ley de Dependencia.

RESUMEN

En este estudio se ha considerado lo proclamado en la Carta Social Europea en materia de prevención de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protección social y, en relación a estas materias, se ha analizado el estado de cumplimiento de los objetivos de la Carta Social Europea de 1961 por parte del Estado Español y también si España estaría en una situación de conformidad con la Carta Social Europea revisada de 1996, en una futura y eventual ratificación de ésta.

1. Respecto al cumplimiento de los preceptos de la Carta en materia de Prevención de Riesgos Laborales, la trasposición de la Directiva 89/391/CEE y de las Directivas específicas que la desarrollan mediante la Ley 31/1995 y los reglamentos de desarrollo configuran un marco legal que supera el mínimo exigido tanto en la Carta de 1961 como en la revisada de 1995.

Los poderes públicos implementan las políticas para la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo, con la participación de los agentes sociales, políticas que van dirigidas a elevar el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y, en concreto, la protección especial de algunos trabajadores especialmente sensibles a algunos riesgos, como los jóvenes y las trabajadoras embarazadas.

En relación a la previsión de la Carta de compensar los trabajos peligrosos o insalubres con descanso, se debe señalar que muchos convenios colectivos prevén pluses o complementos salariales, sin embargo el Comité no lo considera como una medida adecuada. No obstante, el Estado Español cumple con los principios generales de prevención de riesgos laborales al anteponer la eliminación o reducción del riesgo en vez de compensar económicamente o con reducciones del tiempo de trabajo e incremento del tiempo descanso. Sin embargo, quedan por desarrollar normas que aseguren la protección ante riesgos como los psicosociales, contra la violencia en el trabajo o que proteja contra riesgos introducidos por nuevas actividades laborales y sigue produciéndose demasiados accidentes de trabajo.

2. En relación al cumplimiento de los preceptos de la Carta en materia de Salud, la Carta Social Europea reconoce el derecho de toda persona a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar. En este sentido, el Estado Español da cumplimiento a la Carta con un gasto en salud superior a la media de la OCDE, sin perjuicio de la racionalización de los gastos farmacéuticos y la prevención de enfermedades se encuentra en un nivel adecuado, y adoptando las medidas adecuadas para alcanzar un nivel de salud que se traduce en una alta esperanza de vida y una baja mortalidad infantil y maternal. No obstante, las tasas de obesidad entre adultos han aumentado en España, las listas de espera son demasiado prolongadas y los extranjeros que se encuentran irregularmente en España, en principio, solo tienen derecho a la asistencia médica de urgencia, salvo que se trate de niños o mujeres embarazadas.

3. El sistema de Seguridad Social español cubre las prestaciones correspondientes a todos los riesgos tradicionales, cumpliendo los niveles de protección que exige el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, que supone cumplir con la Carta Social Europea, incluso con la revisada de 1996. No obstante, el Comité concluye que la situación en España no se ajusta a la Carta debido a que el nivel de las prestaciones de desempleo para los desempleados sin responsabilidades familiares es insuficiente, aunque no tiene en cuenta la cuantía real de la prestación, lo cual no impide valorar que igualmente pueda no ser suficiente para proteger esta situación de necesidad en caso de desempleo.

Por otro lado, el cumplimiento de las Directivas europeas sobre los sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la UE o la firma de acuerdos bilaterales en esta materia con otros Estados europeos garantizan el derecho a la Seguridad Social a los

trabajadores migrantes, incluido el derecho a exportar las prestaciones pecuniarias y la conservación de los derechos de Seguridad Social adquiridos o en vías de adquisición, así como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las Partes Contratantes. No obstante, el Comité considera que el requisito de residencia de diez años para obtener la pensión no contributiva de jubilación, aplicable a los nacionales de los Estados parte que no son miembros de la UE o parte del EEE, es excesivo y, por consiguiente, no conforme con la Carta en este punto.

4. En el Estado Español, la Asistencia Social es una competencia exclusiva de las CC.AA dentro de su territorio, aunque el Estado debe velar por la prestación en igualdad entre todos los ciudadanos. Estas diferencias se pueden ver en algunas de las leyes de las CC.AA que exigen la vecindad o se establece un plazo máximo de disfrute de la ayuda social, aunque en su mayoría se reconoce como un derecho universal y sin plazo definido, sin perjuicio del problema de sostenibilidad que ello supone (esta es una de las razones que motivó a que las competencias de las entidades locales pasarán a las CC.AA).

Uno de los mayores conflictos que sigue habiendo es el de la asistencia médica de los que residen irregularmente. En algunas CC.AA se reconoce la universalización de la asistencia sanitaria, lo que ha llevado a que el Estado interponga recurso ante el TC que ha declarado inconstitucional las normas de las CC.AA que regulan el acceso universal a la atención sanitaria a personas extranjeras en situación administrativa irregular. No obstante los extranjeros en situación irregular tienen derecho a la atención médica en el caso de una emergencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea la causa, hasta su recuperación; o durante el embarazo, el parto y el período postnatal. En todos los casos, los extranjeros menores de 18 años reciben atención médica en las mismas condiciones que los nacionales.

El Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con la Carta debido a que el derecho a algunas prestaciones sociales está sujeto a un requisito de duración de la residencia, que no siempre se mantienen la ayuda mientras persiste la situación de necesidad y que el nivel de asistencia social no siempre es adecuado.

5. Aun existiendo en España un Catálogo de referencia de Servicios Sociales y que se establecen los principios rectores para la prestación de Servicios Sociales públicos, el Comité considera que no se aprecia que se garantice la supervisión de la calidad de los Servicios Sociales, aunque se documenta la existencia de medios de seguimiento y control de las acciones de las organizaciones no gubernamentales y otros proveedores de servicios no públicos y que se reconoce el principio de igualdad en el acceso a los Servicios Sociales en todas las leyes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas.

6. El derecho a la igualdad y no discriminación por causa de la edad se encuentra presente tanto en la legislación de la Unión Europea como en la del Estado Español, existiendo un catálogo de los servicios disponibles para personas de edad avanzada, aunque en la práctica hay algunos servicios muy necesarios que no se desarrollan adecuadamente por falta de financiación, como es el caso del desarrollo de la Ley de Dependencia.

Discutible es que se haya alcanzado el objetivo de la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones y de suficiencia de las mismas. En España sigue habiendo un problema con el envejecimiento y con el déficit que suponen las pensiones públicas de jubilación y las medidas de sostenibilidad sólo hacen que reducir los derechos de los pensionistas o las expectativas de los actuales trabajadores. No obstante, la Comisión reconoce que, durante el período de referencia, España llevó a cabo una importante reforma de su sistema para promover la autonomía personal y la asistencia a las personas dependientes, aunque postergó su conclusión respecto al cumplimiento de la Carta Social Europea en esta materia.

Palabras clave: Carta Social Europea; prevención de riesgos laborales; salud; Seguridad Social; protección social.

ABSTRACT

In this study we focus on prevention of occupational hazards, health, Social Security and social protection as proclaimed in the European Social Charter and, in relation to these matters, we analyse the level of compliance with the objectives of the European Social Charter of 1961 by Spain and also if our country would be in accordance with the revised European Social Charter of 1995, in a future and possible ratification of it.

1. Regarding compliance with the precepts of the Charter on Occupational Hazard Prevention, the transposition of Directive 89/391/EEC and the specific directives that develop it by means of Law 31/1995 and the regulations of development form a legal framework that exceeds the minimum standard required both in the 1961 Charter and in the revised one of 1995.

Public authorities implement policies to promote the improvement of working conditions, with the participation of social agents; these policies are aimed at raising the level of protection for the safety and health of workers and, in particular, the special protection of some workers especially vulnerable to some risks, such as young people and pregnant female workers.

In relation to the provision of the Charter to compensate for dangerous or unhealthy work with days off, it should be noted that many collective agreements provide for bonuses or salary supplements; however, the Committee does not consider it as an adequate measure. In spite of that, Spain complies with the general principles of prevention of occupational hazards by prioritizing the elimination or reduction of hazards instead of compensating economically or with reductions in working time and increased time off. Nevertheless, rules are still to be developed in order to ensure protection against hazards, such as psychosocial risks, against violence at work or to protect against hazards introduced by new labour activities because too many work accidents are still occurring.

2. In relation to compliance with the precepts of the European Social Charter on Health issues, the Charter recognizes the right of every person to benefit from as many measures as possible to enjoy the best state of health that they can achieve. In this sense, Spain complies with the Charter with Health expenditure higher than the OECD average, without affecting the rationalization of pharmaceutical expenses and the prevention of diseases, which is at an appropriate level, and adopting the necessary measures to reach a state of health resulting in high life expectancy and low infant and maternal mortality rate. However, obesity rates among adults have increased in Spain, waiting lists are too long and foreigners who are staying in Spain irregularly, in principle, only have the right to emergency medical assistance, except in the case of children or pregnant women.

3. The Spanish Social Security system covers the benefits corresponding to all traditional occupational hazards, complying with the levels of protection required by the European Code of Social Security of 1964, which means complying with the European Social Charter, even with the revised one of 1995. However, the Committee concludes that the situation in Spain does not comply with the Charter because the level of unemployment benefits for the unemployed without family responsibilities is insufficient, although it does not take the actual amount of the benefit into account, which does not prevent either to value that it cannot be sufficient to protect this situation of necessity in case of unemployment.

On the other hand, compliance with European Directives on the Social Security systems of the EU Member States or the signing of bilateral agreements on this matter with other European States guarantee the right to Social Security to migrant workers, including the right to export financial benefits and maintenance of the acquired Social Security rights or in process of acquisition, as well as accumulation of periods of insurance or employment completed in accordance with the legislation of each one of the Contracting Parties. Nevertheless, the Committee considers that the 10-year residency requirement for non-contributory retirement pensions, applicable to nationals of States Parties that

are not members of the EU or part of the EEA, is excessive and, therefore, not in accordance with the Charter at this point.

4. In Spain, Social Assistance is an exclusive competence area of the Autonomous Communities within their territory, although the State must ensure equality for all citizens. These differences can be seen in some of the laws of the Autonomous Communities which require a place of residence or a maximum period of enjoyment of social assistance is established, although most of it is recognized as a universal right and without definite term, without prejudice to the sustainability problem that this implies (this is one of the reasons why competences of local entities were transferred to Autonomous Communities).

One of the biggest conflicts that still exists is Health Care for those who are staying in Spain irregularly. Some Autonomous Communities provide universal Health Care, which has led the State to appeal to the Constitutional Court, which has declared that the rules of the Autonomous Communities regulating universal access to Health Care for foreigners staying irregularly are unconstitutional. However, foreigners staying in Spain irregularly have the right to Health Care in the event of an emergency due to serious illness or accident, whatever the cause, until their recovery; or during pregnancy, delivery and the postnatal period. In all cases, foreigners under the age of 18 are entitled to Health Care on the same terms as nationals.

The Committee concludes that the situation in Spain is not in accordance with the Charter because the right to some social benefits is subject to a requirement of duration of residence and also that the benefit is not always maintained while the situation of necessity persists and that the level of social assistance is not always adequate.

5. Even though there is Reference Catalogue for Social Services in Spain and guiding principles for the provision of public social services are established, the Committee considers that supervision of the quality of social services is not guaranteed, although evidence is provided for the existence of means of monitoring and controlling the actions of non-governmental organizations and other non-public service providers and that the principle of equality in access to social services is recognized in all the Social Services laws of the Autonomous Communities.

6. The right to equality and non-discrimination due to age is present both in the European Union and the Spanish legislation; there is a catalogue of services available for elderly people, although, in practice, some very necessary services are not developed adequately due to lack of funds, as in the case of the development of the Dependency Law.

There is debate whether the objective of financial sustainability of the pension system and its sufficiency has been achieved. In Spain there is still a problem with ageing and with the deficit of public pensions of retirement; sustainability measures only reduce the rights of pensioners or the expectations of current workers. Nevertheless, the Commission recognizes that, during the reference period, Spain undertook a major reform of its system to promote personal autonomy and assistance to dependent people, although it postponed its conclusion in relation to compliance with the European Social Charter in this matter.

Keywords: European Social Charter; prevention of labour risks; health; Social Security and social protection.

Empleo, Formación e Igualdad de Oportunidades en España bajo el prisma de la Carta Social Europea

Employment, Training and Equal Opportunities in Spain under the prism of the European Social Charter

PEPA BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO*

1. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

A continuación, nos planteamos analizar de una manera conjunta atendiendo a su estrecha vinculación los aspectos de los arts. 1, 10, 15 y 18 de la Carta Social Europea, relacionados directa o indirectamente con los derechos de los trabajadores.

1.1. Derecho a la libertad de trabajo (arts. 1.2 y 18)

La libertad de trabajo puede ser definida de un modo clásico, como «el derecho que tiene el hombre de aplicar su actividad a la producción de la riqueza»¹; o, en un sentido más acorde con nuestros tiempos como la facultad de poder escoger la profesión, arte u oficio a que quiere dedicarse un ser humano, el método y la forma para ello.

Este es el contenido del art. 1.2 de la Carta, esto es «(...) el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido»; incluyendo el derecho de los ciudadanos en España a salir del país para ejercer una actividad lucrativa en otro territorio de un Estado Parte de la Carta (art. 18.4).

Pero, también, la Carta extiende estos derechos a los extranjeros, pertenecientes a Estados Parte de la Carta; se trata de un reconocimiento más amplio (art. 18 en sus puntos 1, 2 y 3), puesto que para ejercer este derecho a la libertad de profesión u oficio España se comprometió a simplificar las formalidades, tasas y demás normas sobre el empleo de los trabajadores extranjeros.

Nos corresponde ahora analizar si España cumple o no, con este compromiso internacional en la actualidad.

De manera previa a la Constitución de 1978, España ratificó el 17 de abril de 1977 (BOE 30 abril de 1977) el Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, que reconoce el derecho a trabajar en su art. 6.1, indicando que éste comprende «el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo

* Profesora Lectora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Universidad de Barcelona (Profesora Acreditada a Titular).

¹ DE LA HELGUERA y GARCÍA, A., *Manual práctico de la producción de la riqueza*, Eumed, 2006, p.2.

libremente escogido o aceptado». Esto es, no significa que el Estado deba proporcionar al ciudadano un empleo, sino que el ciudadano debe tener la expectativa de poder hacerlo, eliminando pues los Estados las trabas u obstáculos que se puedan presentar para ello.

Llegamos ya a la Constitución española de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre de 1978, siendo posteriormente sancionada por el rey Juan Carlos I el 27 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 29 de diciembre del mismo año.

Recoge en su art. 17, por tanto, como derecho fundamental de los ciudadanos el derecho a la libertad, añadiendo la prohibición a su privación.

En su art. 35 se recoge el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, señalándose que este último comprende la libertad de elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo y una remuneración suficiente obtenida a través del mismo; libertad que no es sino una manifestación de su amplio reconocimiento en el art 17, pero nótese la diferencia: la libertad de trabajo no es un derecho fundamental.

Si acudimos a nuestra norma laboral básica, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET), que ha sustituido al Estatuto de 1995 (en adelante, ET-1995), encontramos en la sección primera, capítulo primero, título primero los derechos y deberes laborales básicos del trabajador. Sin embargo, aunque el contenido de esta sección no comprende todos y cada uno de los derechos y deberes laborales del trabajador, sino que se trata de una simple enumeración, el art. 4.1 a) incluye como derecho básico de los trabajadores, el del trabajo y la libre elección de profesión u oficio; esta enunciación no encuentra mayor desarrollo en el texto legal, dejando en manos del intérprete cuál debe ser el contenido exacto del derecho, para respetar lo establecido en la Carta Social Europea.

1.1.1. *Incumplimientos de la libertad de trabajo para los ciudadanos españoles*

Pero, vayamos a la primera norma concreta, esta vez sobre la libertad de trabajo de los ciudadanos en España, una norma cuya promulgación causó cuanto menos estupor: me refiero a Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, publicada en el BOE el 26 de diciembre 2013 y que entró en vigor el 1 enero de 2014. Esta Ley, incorporaba una nueva disposición adicional, la sexagésima quinta, apartado segundo a la Ley General del Seguridad Social de 1994 ya derogada (en adelante LGSS-1994); en dicha disposición hacía depender el mantenimiento de las prestaciones sanitarias a la residencia en territorio español, especificando cuando se entendería que existía dicha residencia, a sensu contrario, esa residencia se perdería cuando el ciudadano residiera en el extranjero por un periodo superior a 90 días.

En resumen, la modificación legislativa al vincular el derecho de asistencia sanitaria –derecho humano, no lo olvidemos– al hecho de la residencia en nuestro territorio, implicaba que los residentes en el extranjero que no cotizaran en España, trabajasen o no en el país donde viven, perderían su derecho a la asistencia sanitaria en España transcurrido un plazo de 90 días ininterrumpidos fuera de nuestro territorio, salvo que el ciudadano cursara estudios homologados o becados en el extranjero.

Pues bien, esta medida tan restrictiva continúa vigente en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS), en concreto en su art. 51 y en los mismos términos de redacción, determinando la pérdida del derecho a la asistencia sanitaria cuando se permanezca fuera del país más de 90 días, independientemente de si el motivo fue la búsqueda de trabajo frustrada.

Según un estudio realizado por el Centro Reina Sofía sobre Adolescencia y Juventud y promovido por la Fundación de Ayuda contra la Drogadicción (FAD), presentado en el mes de febrero de 2014², casi la mitad de los jóvenes españoles (48,6%) de entre 18 y 24 años aceptaría cualquier empleo, en cualquier lugar y con sueldo bajo, y el 61,7% considera muy probable tener que irse al extranjero para encontrar trabajo, lo que no significa que finalmente lo encuentren.

Desde la crisis económica se ha incrementado considerablemente el número de españoles en el extranjero en un 56%; si antes sumaban 1,4 millones de personas, a 1 de enero 2018 ya estamos hablando de más de 2,4 millones de personas, un incremento de 3,2% con respecto a 2017, conforme al Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE).

En este sentido, el último Informe del CEDS sobre el cumplimiento de España del art. 18.4 (Conclusiones XX-1 España, art. 18.4) publicado el 9 de diciembre de 2016 (periodo de estudio 2011-2014) nada ponía de manifiesto al respecto. Por una parte, se destacaba la existencia del art. 19 de la Constitución española en conexión con el art. 55, esto es el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, tanto dentro como fuera del territorio nacional con la posibilidad de suspensión del derecho por declaración de estado de excepción o de sitio conforme a la legalidad, fundamentalmente el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 junio, de estados de alarma, excepción o sitio. Y, por otra, se solicitaba nuevamente a España información real sobre las posibles limitaciones llevadas a cabo en la práctica y los motivos de las mismas. Concluye el Comité que, ante la falta –una vez más– de la documentación necesaria, y a la espera de la misma, España cumple con la Carta Social en este aspecto.

² Estudio presentado con el título de «Crisis y contrato social: Los jóvenes en la sociedad del futuro», una investigación basada en un millar de entrevistas.

Desde nuestro punto de vista, tras el análisis de la reforma que supone la pérdida del derecho a la asistencia sanitaria por la movilidad fuera de España, consideramos que, si limitamos derechos básicos a los ciudadanos por el hecho de emprender una búsqueda de trabajo más allá de nuestras fronteras, esto es, por el ejercicio de su libertad de trabajo, entendida como libertad para ejercer su profesión u oficio, indirectamente se está limitando la libertad de trabajo misma e indirectamente la libertad de movimiento, vulnerándose la Carta Social Europea en sus arts. 1.1 y 18.4.

1.1.2. *El acceso al territorio español*

Los índices de población extranjera en España se incrementaron considerablemente en el periodo comprendido entre 2000-2011, produciéndose una disminución paulatina hasta el año 2016, como examinaremos más adelante, año en el cual se produjo un repunte que continua en la actualidad.

Pues bien, a la hora de enfrentarnos al análisis del derecho a la libertad de trabajo de los extranjeros en España, debemos diferenciar entre los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios; sin entrar en todos los detalles relativos a su acceso a nuestro país, nos concentramos en aquellos aspectos que consideramos pueden suponer una vulneración de la Carta Social Europea.

En primer lugar, con respecto a los extranjeros de países pertenecientes a la Unión Europea (en adelante, UE), existe el derecho a la libre circulación en todo el territorio, reconocido en el art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, desarrollada por la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, el Reglamento UE núm. 492/2011, del Parlamento Europeo del Consejo, de 5 abril, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de enero de 2014, sobre el respeto del derecho fundamental a la libre circulación en la UE, la Directiva 2014/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16

de abril de 2014 (cuya fecha máxima de trasposición es el 21 de mayo de 2018).

Pese a tanto desarrollo normativo, el derecho a la libre circulación en la UE y la igualdad de trato entre nacionales de los países de la UE a efectos laborales, sociales y fiscales – algunos de los cuales son firmantes de la Carta Social –, no existe sin limitaciones, y España no es la excepción.

El 9 de julio de 2012 se aprueba en nuestro país la Orden PRE/1490/2012 por la que se dictan normas para la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El Real Decreto 240/2007 supuso la trasposición en España de la Directiva 2004/38/CE. En el mencionado art. 7 se establecían las condiciones que deben cumplirse en aquellos casos en los que un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Espacio Económico Europeo deseara residir en otro Estado miembro, distinto del que es originario, por un periodo superior a tres meses sin poseer contrato u oferta de trabajo; nuestra legislación exigía exclusivamente la documentación acreditativa de nacional de un país de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

La Orden PRE/1490/2012 en su preámbulo manifiesta que el citado Real Decreto no incluyó en su momento la totalidad de las exigencias de la Directiva de 2004, lo cual, continua el preámbulo «ha implicado un grave perjuicio económico para España, en especial en cuanto a la imposibilidad de garantizar el reembolso de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos, tal y como ha señalado el Tribunal de Cuentas». De esta manera, en el art. 3.2 c) de la misma Orden se incluyen los requisitos exigibles a los ciudadanos que pretendan entrar y circular libremente en nuestro país y no ejerzan una actividad laboral en España. Los requisitos pueden resumirse de la siguiente manera:

- Pasaporte o documento nacional de identidad, válido y en vigor, del ciudadano.

- Seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país, siempre que proporcione una cobertura en España durante su periodo de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.

- Disposición de recursos suficientes, para sí y para los miembros de su familia, para según la Orden «no convertirse en una carga para la asistencia social de España durante su periodo de residencia».

Para acreditar este extremo se admiten por la propia Orden todos los medios de prueba admitidos en derecho, tales como ingresos periódicos, sean rentas de trabajo o de otro tipo, o la tenencia de un patrimonio, títulos de propiedad, cheques certificados, documentación justificativa de obtención de rentas de capital o tarjetas de crédito. Esta valoración se realizará de manera individualizada, atendiendo a la situación personal y familiar del solicitante, concepto que no deja sino un amplio margen de discrecionalidad a las autoridades competentes. Para mejorar la inseguridad jurídica creada por la anterior prescripción se incluye en mismo art. 3 de la Orden como cláusula de cierre que la suficiencia de recursos para subsistir se entenderá cumplida si el ciudadano que desea entrar en España posee recursos (económicos, entendemos) superiores al importe que anualmente se fije en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para generar el derecho a recibir una prestación no contributiva, esto es, está haciendo referencia al Indicar Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante, IPREM).

Es interesante señalar que el régimen de vigencia de la Orden PRE 1490/2012 se establece con carácter retroactivo a las solicitudes presentadas a partir del 24 de abril de 2012, creando una situación de retroactividad de disposiciones menos favorables que cuanto menos ponen en duda la seguridad jurídica de la medida.

La Orden PRE 1490/2012 desvía la atención real del Informe del Tribunal de Cuentas del año 2013 y utiliza el mismo sin especificar el motivo real de esa erosión económica del sistema sanitario –que sí fue puesta de manifiesto por el Tribunal de Cuentas– para dictar una disposición que plantea, al menos, la problemática siguiente: ¿la restricción a la libre circulación de personas extranjeras en nuestro territorio es vulneradora de la libertad de trabajo?

En segundo lugar, con respecto a las normas para los extranjeros extracomunitarios existe normativa específica, ya formen parte de Estados parte de la Carta Social o no. Nos referimos a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx), y completada con el Reglamento actual, el RD 557/2011, de 20 de abril (modificados por RD 844/2013, de 31 de octubre³), y donde se ha de tener en cuenta también la Ley de Emprendedores, Ley 14/2003, de 27 de septiembre.

Por su parte, el artículo 7.c) TRET recoge la posibilidad de que los extranjeros puedan contratar la prestación de su trabajo de acuerdo con lo dispuesto en legislación sobre extranjería citada.

Se establece a través de esta normativa, y como regla general, la necesidad de que el nacional de un país no comunitario que quiera realizar cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, obtenga además de la correspondiente autorización para residir, una autorización administrativa para trabajar (o la autorización conjunta de residencia y trabajo, de manera previa a la llegada al país) como explicamos a continuación, independientemente del visado que corresponda o no según

el país al que se pertenezca, y la entrada por los puestos habilitados para ello. En este sentido, es interesante destacar cómo la entrada en España de una persona extranjera –con o sin visado–, aunque sea con permiso de residencia y/o autorización para trabajar implica la necesidad de poseer un seguro médico, si la estancia supera los 90 días, pese a que este requisito no esté especificado ni en la LOEX ni en el Reglamento actual.

De manera previa a la actual regulación que a continuación explicamos, España recogió los denominados «procesos de normalización» de extranjeros en situación administrativa irregular pero residentes en el país; se trata de procesos extraordinarios que permitían la obtención del permiso de trabajo bajo el cumplimiento de determinados requisitos. Fue la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre (que aprobaba el entonces Reglamento de la LOEx) la que estableció que tanto un empresario –o su representante legal– como un extranjero no regularizado podían solicitar esa regularización por esa vía rápida. La documentación a aportar consistía básicamente en: haber ingresado en España de manera previa al mes de agosto de 2004, certificado de empadronamiento del extranjero en un municipio español, certificado de carencia de antecedentes penales y un contrato de trabajo que garantizara al menos 6 meses de trabajo en el país (en caso de trabajos de temporada, repartidos a lo largo de 1 año). El primero de los requisitos –el de la fecha de entrada– permitía la aportación de cualquier documentación al respecto, lo que otorgaba a los funcionarios responsables un excesivo margen de discrecionalidad.

Con respecto a la autorización inicial para residir y trabajar (art. 36.1 LOEx), debemos tener en cuenta que cuando se solicite (previamente a la llegada a España) es necesario que se aporte un contrato de trabajo que garantice la continuidad de la actividad laboral a desarrollar durante el periodo de vigencia de la autorización; autorización que se otorga condicionada a que se produzca el alta en la Seguridad Social y, por tanto, el contrato pue-

³ Mediante este Real Decreto se incorpora al derecho español la Directiva 2011/51/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

da surtir plenos efectos. Pero, además, para otorgar esta autorización inicial de residencia y trabajo, la autoridad pública tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (plasmada en el denominado «Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura»), salvo lo dispuesto en el art. 40 de la Ley de Extranjería, por ejemplo, cuando se trate de ocupar un puesto de trabajo de confianza o contratar a artistas de reconocido prestigio.

La autorización inicial una vez concedida, solo es válida para un determinado territorio y ocupación, con una duración de un año. Transcurrido el cual cabe renovación, 60 días antes de su expiración, a través de alguna de estas vías: porque persista o se prorrogue el contrato; porque el extranjero firme un nuevo contrato de trabajo; porque el extranjero tenga derecho a una prestación de desempleo o asistencia; porque se extinga o suspenda el contrato de trabajo por ser víctima el extranjero de violencia de género. La renovación, una vez producida, será para dos años y ya no tendrá limitación geográfica ni de ocupación. Estas últimas disposiciones responden a la mejora legislativa producida por la modificación de la LOEx por Ley Orgánica 2/2009 y al Reglamento de Extranjería de 2011, donde se introdujo además la coordinación de las diferentes autoridades públicas implicadas en materia de inmigración y la aplicación de sistemas electrónicos para ello.

Si, por el contrario, se reside en España legalmente pero no se ejerce actividad laboral o profesional, se habrá de pedir una autorización administrativa para ello, que solo se otorgará si el extranjero aporta un contrato de trabajo o un preacuerdo de contrato laboral o civil o el plan de negocio y su viabilidad económica y profesional.

Según establece la propia LOEx encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización previa para trabajar, cuando no cuenta con autorización de residencia previa (art. 53 b) constituye una infracción grave que viene sancionada con multa (art. 55), pudiendo aplicarse en lugar de la sanción de multa, la

expulsión del extranjero del territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez, sin que en ningún caso, claro está, pueda imponerse conjuntamente la sanción de expulsión y multa. Debe observarse, que la infracción es la de encontrarse trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo cuando no se cuenta con autorización de residencia válida. Esto presupone que no pueda sancionarse al extranjero, según la LOEx que, disponiendo de residencia válida, se encuentra trabajando sin haber obtenido el permiso de trabajo.

Las mejoras operadas en la legislación de extranjería citadas no conllevaron regímenes más favorables a los países firmantes de la Carta. Nos referimos a las últimas a continuación.

Por un lado, la modificación del Reglamento de extranjería por el RD 844/2013, supuso la extensión del ámbito de aplicación de los denominados «beneficiarios de protección internacional»; es decir, referido a las personas refugiadas a las que se les ha otorgado el derecho de asilo o cualquier otra protección subsidiaria. Es una medida que otorga una autorización de residencia y trabajo de larga duración, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, pero que afecta por igual a países pertenecientes o no a la Carta Social Europea.

Por otro lado, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, todavía vigente, contiene una serie de facilidades importantes a la hora de obtener permisos de residencia, visados y sus respectivas renovaciones a aquellas personas extranjeras (fuera de la UE) que acudan a España cumplan con alguna de las siguientes circunstancias (entre otros, arts. 61, 63, 66 y 67): realizar importantes inversiones de capital en el país, emprender negocios, ejercer una profesión altamente cualificada, realizar investigaciones, o ser trabajadores que se mueven en la misma empresa o grupo de empresas. Una finalidad exclusivamente enfocada a la mejora del panorama económico de España, pero totalmente alejada del cum-

plimiento de los derechos sociales de la Carta y, en concreto, de la libertad de trabajo y el derecho a ganarse la vida a través del trabajo de los extranjeros de países firmantes de la Carta, que no cumplan tan elevadas aspiraciones.

En este sentido, las Conclusiones del CEDS XIX-1, España, art. 18.1, de 24 octubre de 2008 (periodo 2003-2006), ya concluían que no había conformidad en la aplicación del derecho de las personas extranjeras de Estados miembros de la Carta a una ocupación remunerada. Y ello, en base a la consideración de que en España se aplican las normas con un espíritu de liberalidad, es decir, con un importante grado de flexibilidad y, de una manera, poco garantista. En concreto el CEDS se centraba en que, fuera de los nacionales de Estados del Espacio Económico Europeo, los extranjeros que desearan tener un empleo remunerado necesitaban de permisos de trabajo según un esquema general y con una base discrecional, atendiendo a la Situación Nacional de Empleo y a la situación económica nacional coyuntural; eso sí no poseían una residencia permanente en el país. En conexión con la anterior, las Conclusiones destacaban la existencia de cuotas preferenciales a raíz de acuerdos suscritos entre España y otros países, firmantes de la Carta; sin embargo, España no proporcionó los datos estadísticos relativos a los permisos de trabajo concedidos o rechazados conforme a dichas cuotas, por lo que, siendo la tercera vez que España enviaba un informe incompleto de la situación de cumplimiento del art. 18.1 se ratifica en su decisión de no conformidad. Es curioso cómo la Comisión no hacía referencia en sus Conclusiones al proceso de regularización extraordinario de extranjeros en situación administrativa irregular en España aprobado en 2004, pues afectó según datos oficiales a más de 700.000 personas extranjeras sin distinción, y a un 5% de población de la Europa no perteneciente a la Unión y sí, firmantes de la Carta Social Europea.

Por su parte, el CEDS en las Conclusiones posteriores, XX-1, España, art. 18.2, de 7 diciembre 2012 (periodo 2007-2010), examina si han simplificado o no las formalidades para

los extranjeros y si se había producido una reducción de las tasas al respecto. Si bien es cierto que el Informe es bastante laxo con España, pues se aprecian las mejoras producidas en la LOEx en 2009 y no se aprecia vulneración de la Carta, se solicitaba a nuestro país mayor información sobre si se había producido o se pensaba producir una reducción mayor de costes en los permisos de trabajo y cuál era el impacto de tal medida.

Y, en las últimas Conclusiones del CEDS XX-1, España, art. 18.1, de 9 de diciembre 2016 (2011-2014), más largas y más rotundas, el Comité vuelve a la Conclusión de 2007, con la afirmación de incumplimiento de España de lo prescrito. La base de tales conclusiones es que los ciudadanos de Estados parte de la Carta siguen necesitando en España un permiso de trabajo, al igual que el resto de ciudadanos extranjeros y no pertenecientes al ámbito de la UE y del EEE. En concreto se refiere a los siguientes: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Croacia, Georgia, República de Moldavia, Montenegro, Federación Rusia, Serbia, Ex Yugoslavia de Macedonia, Turquía y Ucrania (integración paulatina en la UE de Bulgaria y Rumanía).

Aprecia el Comité la existencia en la LOEx ciertos matices con respecto a autorizaciones o vías especiales de acceso al empleo para extranjeros en España, dando preferencia a los ciudadanos de países con los que España haya suscrito acuerdos o tratados bilaterales, en especial se refiere a: la reserva de visados para trabajar determinados anualmente por el Ministerio de Empleo, para los extranjeros con padres o abuelos españoles; y la reserva de visados para trabajar en ocupaciones específicas, determinadas igualmente por el Ministerio de Empleo.

Pero la queja básica del Comité continúa siendo la misma: la falta de información específica con respecto a estos movimientos migratorios o su rechazo de ciudadanos pertenecientes a Estados parte de la Carta; por lo que, atendiendo a los informes globales del número de denegaciones de permisos y reno-

vaciones, considera que el art. 18.1 no ha sido desarrollado correctamente en la legislación española.

Al respecto, podemos señalar que, salvo error u omisión por nuestra parte, y al margen de la entrada paulatina de Rumania y Bulgaria en la UE con todos los beneficios que en materia de inmigración supone —como pone de relieve el propio Comité—, solo hemos localizado un Acuerdo bilateral suscrito entre España y Ucrania, relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, de 12 de mayo de 2009. En él se establecen normas más beneficiosas que la pura aplicación de la LOEx, como es la comunicación directa entre Estados sobre ofertas de empleo y la tramitación urgente de la documentación precisa.

Por otra parte, España, puso en marcha el Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración (Programa GRECO), por Resolución de 17 de abril de 2001. El programa, para el periodo 2001-2004, tenía como objetivo principal, como su propia exposición de motivos pone de relieve «(...) afrontar el tratamiento de la extranjería y la inmigración desde todas sus vertientes, partiendo de la trascendencia e importancia que este fenómeno tendrá en el futuro inmediato para España, sin perder la perspectiva de nuestra pertenencia a un espacio común, como es la Unión Europea». Pese a lo interesante de tal iniciativa, la misma cayó en el olvido, salvo error u omisión por nuestra parte, y no incorporaba medidas favorecedoras del cumplimiento del art. 18.1 de la Carta Social Europea.

El CEDS, en sus Conclusiones XXI-1, España, art. 18.2, de 9 diciembre 2016 (2011-2014), examina nuevamente la información enviada por nuestro país al respecto, determinando el cumplimiento de España del artículo. Al Comité le parecen muy positivas todas las medidas en materia de trámites (la reducción de plazos de respuesta y la calificación de los silencios administrativos) y no excesivamente altos los costes de permisos de trabajo. Des-

taca, asimismo, que los permisos de trabajo y las renovaciones las presente el empresario, que asuma él mismo el coste y la reducción de plazos en las respuestas.

Al respecto debemos señalar que todas las medidas que ensalza son debidas a las modificaciones operadas en la LOEx por la LO 2/2009 y creemos necesario destacar lo que sigue.

Con respecto a que el pago de los permisos y sus respectivas renovaciones las asume el empresario o empleados, confirmamos que es correcto salvo que se trate de empleados domésticos, conforme al propio art. 46 LOEx, en el que además se incluye una interesante prescripción en su punto segundo, a saber: «Será nulo todo pacto por el que el trabajador por cuenta ajena asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas establecidas». Lo que no señala el Comité es que se incluyen una serie de exenciones al pago de las tasas correspondientes para, con respecto a lo que nos interesa, ciudadanos de Andorra y nacionales de terceros países, beneficiarios del derecho comunitario (art. 47 LOEx).

Sin embargo, en este punto debemos hacer mención a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, pues consideramos que pone en tela de juicio las bondades que puso de manifiesto el CEDS.

En primer lugar, nos referiremos a la STS 5350/2016, de 16 noviembre (rec. núm. 1341/2015, Ponente: María Lourdes Arastey Sahún). Se plantea aquí el caso de un trabajador extranjero que comienza a prestar servicios para una empresa en el año 2005 y que, posteriormente, en 2013, por la pérdida del permiso de trabajo, se produce su extinción del contrato, en base al art. 49.1.b) TRET. El Tribunal se plantea si esa pérdida supone o no una condición resolutoria válida para finalizar el contrato, pérdida que evidentemente imposibilita la continuación del contrato de trabajo del trabajador. Sin embargo, considera el Tribunal que no es una causa de resolución válida, pues no solo no se encontraba pacta-

da en el contrato de trabajo, sino que además su inclusión sería nula suponiendo un abuso para el trabajador; y, así realiza la siguiente afirmación que, desde nuestro punto de vista, está en contra del espíritu de la LOEx: «(...) estamos ante un supuesto en el que la causa de finalización del mismo es ajena a la empresa». Continúa la Sentencia señalando que dicha extinción debe tratarse como un despido improcedente, por la carencia de causa básicamente, pero dada la imposibilidad de readmisión del trabajador ante su situación irregular, impone a la empresa el abono de la indemnización correspondiente.

Pese a que el Tribunal pretende, como finalidad última, la protección del trabajador extranjero, ¿cómo puede ser ajena a la empresa dicha causa cuando es la empresa la responsable de solicitar el permiso de trabajo y su propia renovación, y se ha estado aprovechando admitiendo su trabajo aun sin regularizar?

En segundo lugar, la STS 4018/2018, de 7 noviembre 2017 (rec. núm. 849/2017, Ponente: María Lourdes Arastey Sahún). En el caso de autos, un trabajador extranjero había prestado servicios por cuenta ajena para una empresa, sin estar en posesión del permiso de trabajo en España, en concreto 1 año y 3 meses antes de su obtención. Tras la finalización de su contrato de trabajo años más tarde, solicitó la prestación de desempleo correspondiente, no reconociéndosele el periodo de tiempo de prestación de servicios sin permiso de trabajo. Pues bien, la Sentencia, cita en sus pronunciamientos precedentes (SSTS (pleno) de 31 enero 2017 [rec. núms. 1153/2015 y 3345/2015]) que afirmaban que no se puede reconocer la prestación de desempleo del trabajador en situación irregular en España. En base a ello, establece que, aunque el trabajador se halle en situación regular al momento de solicitar la prestación, no cabe entender subsanada la irregularidad de los trabajos desarrollados en el periodo anterior, conforme a los arts. 14.3 y 36.5 LOEx en la redacción de 2009. Pero el Tribunal, además, insiste en que no hay consecuencia indemnizatoria para la empresa.

Volvemos a una reflexión similar a la del anterior supuesto, la falta de responsabilidad de la empresa provoca una situación de desprotección del trabajador, donde la especial situación de vulnerabilidad del trabajador extranjero ha sido aprovechada por aquel, que ha utilizado su fuerza de trabajo, pese a la situación administrativa irregular del mismo.

1.1.3. *El reconocimiento de los títulos académicos o profesionales para el cumplimiento del derecho al trabajo*

Otro aspecto importante para el pleno desarrollo del derecho de las personas extranjeras a ejercer una actividad lucrativa en nuestro país, proviene de la eliminación de obstáculos para el reconocimiento de títulos académicos o profesionales expedidos por sus países de origen.

Debemos referirnos a las Directivas sobre convalidación de títulos. En primer lugar, a la Directiva 2005/36/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 septiembre 2005 que fue incorporada al ordenamiento español por Real Decreto 1837/2008, de 8 noviembre. Esta norma simplificaba e introducía cierta transparencia en el reconocimiento de títulos, sin embargo, se consideró obsoleta en cuanto a su objetivo, siendo modificada por la Directiva 2013/55/UE, cuya fecha límite de trasposición era el 18 enero de 2016. España no traspuso la Directiva en plazo, recibiendo reclamaciones de la Comisión y abriéndose, incluso la Infracción a España nº 20160186, hasta que finalmente se ha cumplido este compromiso con el Real Decreto 581/2017, de 9 junio.

Aunque el ámbito de la Directiva es menor que el ámbito de aplicación de la Carta en cuanto al número de Estados miembros, el retraso en la incorporación al ordenamiento jurídico interno ha supuesto una vulneración del derecho a la libertad de trabajo de los ciudadanos de la UE, que a su vez pertenecen a Estados parte de la Carta (art. 18 Carta). Esto se ha reflejado además en, al menos un pronunciamiento de la justicia, la STS (sala

contencioso-administrativa), de 12 mayo 2016 (rec. núm. 2360/2014; Ponente: D. Rafael Toledo Cantero), que desestima la pretensión de un médico especialista de no reconocimiento de su título profesional, impidiéndole, por tanto, el libre ejercicio de su profesión en España.

Con respecto a los ciudadanos extranjeros extracomunitarios, los requisitos para la convalidación de títulos son todavía más complejos. Se encuentran regulados fundamentalmente por el Real Decreto 967/2014, de 21 noviembre y por la Orden ECD/2654/2015, de 3 diciembre. Solo mencionar que la tasa a abonar para la iniciación del proceso de homologación (Modelo 790) asciende a 161,60 € en la actualidad para títulos de grado o master y a 48,30 en caso de títulos universitarios inferiores o formación profesional.

1.2. Incumplimientos generalizados a la libertad de trabajo

1.2.1. *La distribución de la jornada de trabajo*

La capacidad para poder variar la jornada laboral dentro de ciertos márgenes, adecuándola así a las necesidades puntuales del ciclo productivo, es otra de las vías existentes para dotar de una mayor flexibilidad la actividad de la empresa. Esta distribución irregular de la jornada ya estaba prevista legalmente en el ET-1995, pero fue la reforma operada por el Real Decreto-Ley 3/2012 (convalidada por la Ley 3/2012), la que cambió considerablemente la figura, pasando en la actualidad al art. 34.2 TRET.

En esencia, el art. 34.2 ET dispone que, mediante convenio colectivo, o en defecto de éste, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, será posible la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, añadiéndose que, en defecto de pacto, y he aquí la novedad, el empresario podrá tomar unilateralmente la decisión de repartir de manera irregular durante el año el 10% de la jornada de trabajo. Si bien es cierto que tal medida debe respetar unos mínimos

de derecho necesario (jornada máxima legal, descanso diario y semanal obligatorios, compensación de diferencias en 12 meses, etc.) y el trabajador deberá conocer con un mínimo de 5 días de antelación el día y la hora de la prestación de trabajo derivada de esa distribución irregular, es una medida que, en mi opinión, vulnera la Carta Social Europea, sin que los tribunales se hayan manifestado al respecto⁴.

Desde mi punto de vista, podría entenderse vulnerado su artículo primero con respecto al compromiso estatal de proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido. Teniendo en cuenta que esa libertad del trabajador se materializa en la suscripción voluntaria de un contrato laboral y de las condiciones que éste establezca, o las que por convenio colectivo puedan establecerse (manifestación de la libertad colectiva), supone una lesión a ese derecho a un trabajo libremente elegido el hecho de desnaturalizar el contenido de la prestación a la que éste se había comprometido. Esto así, porque el trabajador se ha sometido voluntariamente a una jornada predeterminada en el contrato y/o el convenio colectivo, haciendo uso de su libertad en la elección del trabajo y las condiciones del mismo.

Si bien es cierto que el poder de dirección del empresario y su «ius variandi» constituyen uno de los derechos básicos de éste, el empresario no puede actuar con desprecio a las consecuencias que sus actos producen sobre el trabajador.

1.2.2. *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo*

La modificación sustancial de condiciones de trabajo es una figura de flexibilización de

⁴ Sobre la jurisprudencia al respecto de la distribución irregular, pero sin mención a su supuesta vulneración de la Carta Social Europea, puede leerse CASAS BAAMONDE, M.E., «Distribución irregular de la jornada de trabajo, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», Revista Jurídica de la Universidad de León, núm. 4, 2007, pp. 3-24.

las relaciones laborales incluida en nuestra legislación desde el primer Estatuto de los Trabajadores en 1980. Si bien esta figura se encuentra recogida en la actualidad en el art. 41 TRET, los cambios experimentados con motivo de la crisis económica desde el año 2010 hasta la actualidad merecen ser reseñados, puesto que se produce una manifiesta vulneración del art. 1 de la Carta Social Europea.

Como conceptualización previa partimos de la capacidad del empresario para gestionar y organizar las relaciones con sus trabajadores, permitiéndosele alterar de manera razonable algunas de las condiciones bajo las cuales el trabajador debía prestar sus servicios, que esta figura ha permitido en nuestra legislación.

Tras la reforma de 2010 del ET-1995, por Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (convalidado y sustituido posteriormente por la Ley 35/2010, de 17 septiembre) y la anterior redacción de la normativa (introducida a través del Real Decreto-Ley 7/2011), se entendían que concurrían las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción para la adopción de la medida «(...) cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda». En definitiva, se autorizaba a la realización de la modificación cuando existiera una razón objetiva que pudiera mejorar la situación de la empresa.

Pero, en este aspecto, a raíz de la reforma de 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y su posterior convalidación y sustitución por la Ley 3/2012, de 6 julio) que ha pasado a nuestro actual TRET, bastará con acreditar que los motivos esgrimidos guardan relación con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo en la empresa. Y esto,

lógicamente, otorga un mayor margen de maniobra al empleador⁵.

Asimismo, la reforma de 2012 y nuestra actual regulación ha disminuido el plazo para notificar al trabajador el cambio sustancial de carácter individual, pues se reduce éste a la mitad, pasando de 30 a 15 días, a contar siempre desde la fecha en la que se haga efectiva.

De la misma forma, respecto a la modificación colectiva, una vez finalizado sin acuerdo el plazo de consultas entre las partes, al empresario le bastará comunicar su decisión a los afectados, surtiendo efectos en un margen de tan sólo 7 días desde su notificación.

Con la legislación previa a la reforma de 2012, se establecía un plazo máximo de tres años de duración para todos los acuerdos de inaplicación si antes no mediaba la aprobación de un nuevo convenio; este plazo en nuestra regulación actual ha desaparecido, puesto que el acuerdo de inaplicación de condiciones de carácter colectivo deberá determinar con exactitud «(...) *las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa*», con independencia de que este plazo sean 3 o más años.

Entiendo que como medidas unilaterales que son (totalmente unilaterales en el caso de las modificaciones individuales, y siéndolo en última instancia en el caso de las modificaciones colectivas, porque es cierto que vienen precedidas de un periodo de negociaciones) presentan problemas similares de adecuación al art. 1 de la Carta (por ende, también al

⁵ Un estudio muy completo al respecto del art. 41 puede encontrarse en GARCÍA NINET, J.I., «La modificación sustancial del 41 ET: de 1980 a 2013. Una tortuosa historia o el precepto del creciente gran poder empresarial» dentro de GARCÍA NINET, J.I. (dtor.), BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. (coord.), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil. 2008-2014*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014.

art. 2). Esto así, porque las modificaciones de cierta entidad –sustanciales– en las condiciones de la prestación por el empleado de su trabajo, atentan directamente contra la libertad de elección de éste, pues convierten el trabajo y las circunstancias a las que él había accedido, en otras completamente diferentes, a las cuales no se puede presumir que también hubiera accedido libremente. Obviamente, modificaciones de menor entidad, y es ahí donde en mi opinión puede operar el poder de dirección del empresario, sí que son aceptables para dotar de una mínima flexibilidad a la relación laboral cuando así se requiera, pero nunca cuando tengan una afectación esencial del contenido del contrato de trabajo o de los acuerdos o pactos colectivos. Es por ello que considero vulnerado el artículo 1 de la Carta y, en concreto, el deber que impone a las partes de proteger de manera estatal el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido.

Frente a todo ello, añadir que no se considera válido para solventar el problema de incumplimiento la posibilidad de los trabajadores disconformes con la medida de rescindir su

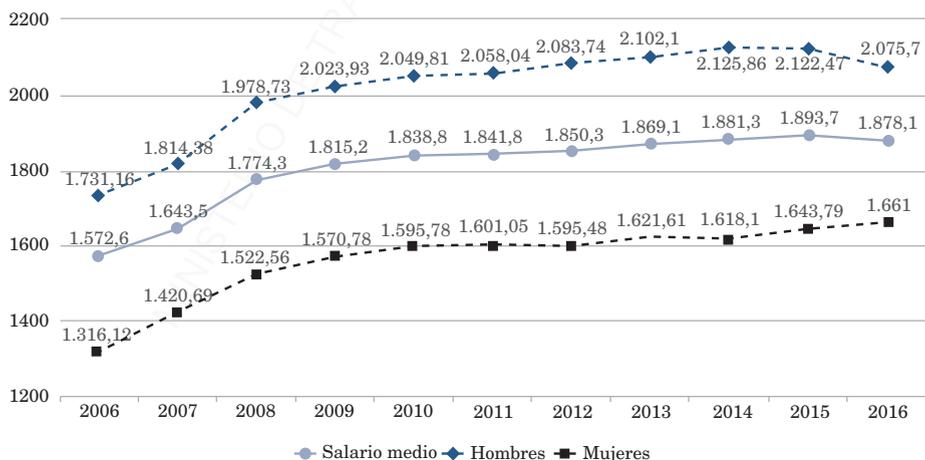
contrato recibiendo una indemnización puesto que, si lo que supuestamente se persigue, según afirmaba el preámbulo de la Ley 3/2012, es «la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país», éste no parece el camino más adecuado, y redundaría una nueva vulneración de la Carta (art. 1.3).

1.3. Vulneración del Derecho a ganarse la vida a través del trabajo: los trabajadores pobres

La Carta Social establece en su art. 1.1 el derecho del trabajador a ganarse la vida con un trabajo libremente elegido; pues bien, el CEDS ha recomendado a España en múltiples ocasiones (desde antes, incluso de la crisis económica), la necesidad de elevar su salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI) al 60% del salario medio anual, para cumplir con este Tratado Internacional.

Si atendemos a la evolución del salario medio en España, encontramos cifras hasta el año 2016.

CUADRO 1. EVOLUCIÓN DEL SALARIO MEDIO EN ESPAÑA



Fuente: INE sobre Encuesta de Población Activa.

Si atendemos a los datos del año 2016, de Encuesta de Población Activa (Instituto Nacional de Estadística), nos encontramos con lo siguiente, a saber:

1. El 30% de los españoles (4,58 millones de asalariados) ganaron menos de 1.229,3 euros brutos al mes.
2. El 40% (6,1 millones) obtuvo remuneraciones de entre 1.229,3 y 2.137,5 euros brutos mensuales.
3. El 30% restante (4,58 millones de asalariados) cobró un sueldo superior a 2.137,5 euros al mes.

De ese primer 30% podemos establecer además la siguiente diferenciación: un 20% aproximadamente (más de 3 millones de asalariados), ganaron menos de 1.002,8 euros brutos al mes durante ese mismo año; y, más aún, de ellos, en torno a 1,5 millones de trabajadores ganaron menos de 710,1 euros mensuales.

A su vez, si atendemos a la evolución del SMI, desde 2006 hasta 2017, nos encontramos con las siguientes cifras:

CUADRO 2. EVOLUCIÓN SALARIO MÍNIMO ESPAÑA 2006-2017



Fuente: <http://www.salariominimo.es/>, según datos de Eurostat.

En el año 2018, tras el Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, se establecía un SMI de 735,9 euros al mes, un incremento del 4% con respecto al año 2017.

Pese al considerable incremento del SMI en los últimos dos años, si atendemos a las recomendaciones y conclusiones de CEDS el SMI tendría que haberse situado en 2017 en los 1.126 €/mes, y en una cifra algo más alta en el presente año 2018.

Esta cuestión que pudiera considerarse baladí no lo es, desde el momento en que más de un 13% de los trabajadores se sitúan en nuestro país por debajo del umbral de la pobreza (entiéndase índice de pobreza relativa⁶), ge-

⁶ La pobreza relativa de los hogares resulta del cálculo de salario en su conjunto de todos los miembros del hogar en el período de un año, considerándose que existe pobreza relativa cuando el resultado es de salarios sustancialmente inferiores a la media.

nerando lo que se ha comenzado a denominar como *working poor* o *in-work poverty*⁷, y habiéndose incrementado la cifra de 10,5% en 2013 hasta más del 13% en la actualidad. Por lo que ¿dónde queda en España el derecho a ganarse la vida cuando se es un trabajador pobre?

Si bien estamos ante un problema generalizado en el continente europeo, España se sitúa solo por delante de Rumanía y Grecia en los rankings (Eurostat, 2017), donde además se señala que el riesgo de pobreza de los trabajadores a tiempo parcial asciende a un 24,3%. En cierta medida, esta denominación de trabajadores pobres se debe en parte a las reformas laborales llevadas a cabo a partir de la crisis en los trabajos a tiempo parcial de baja remuneración (los denominados mini-jobs en Alemania); así, si en 2007 uno de cada seis contratos parciales en España tenía una duración igual o inferior a una semana, en 2016

(últimas cifras localizadas al respecto) la proporción era de uno a cuatro.

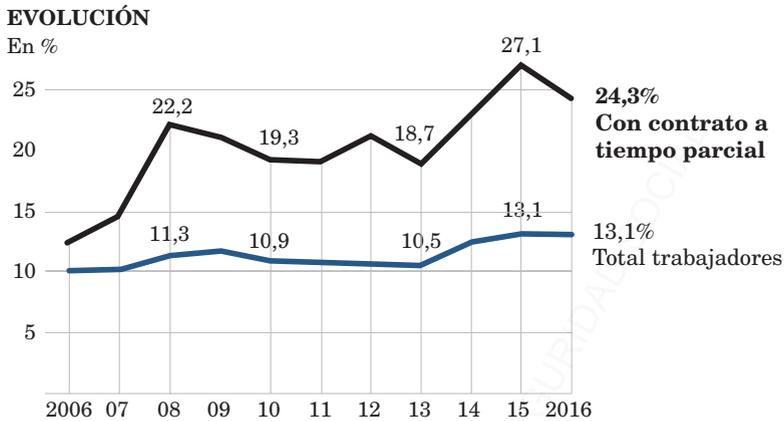
Estas lamentables cifras vienen a su vez contrastadas con las ofrecidas por la organización Cáritas (2017), donde se indicaba que el 40% de las personas a las que había prestado ayuda en el año 2016, fundamentalmente en forma de alimentos, provenían de hogares en los que al menos uno de sus miembros tenía trabajo remunerado.

A su vez, los colectivos más afectados por la pobreza laboral son los jóvenes entre 18-24 años y las mujeres solas con cargas familiares, sin olvidar a la población inmigrante (con más de un 50% de riesgo de exclusión social)⁸ lo que implica otro incumplimiento más de la Carta Social, como es la igualdad de oportunidades que brilla por su ausencia en el sistema español.

⁷ En este sentido, SÁNCHEZ MORALES, H., «Los trabajadores pobres y la precariedad vital», Fundación Sistema, 22 febrero 2018, <https://www.fundacionsistema.com/los-trabajadores-pobres-y-la-precariadad-vital/>, explica que en «(...) la bibliografía especializada anglosajona *woorking poor* o *in-work poverty* son personas ocupadas, tanto asalariadas como trabajadores por cuenta propia durante al menos siete meses en el año previo a la realización de una encuesta específica y que pertenecen a hogares cuya renta anual disponible se sitúa por debajo del 60% de la mediana de ingresos de su país».

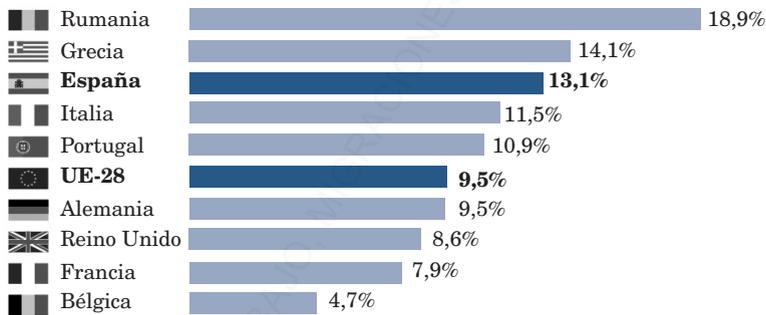
⁸ EUROPEAN COMISSION, *Employment and Social Developments in Europe 2015*, Luxembourg: Publications Office of the European Unión, 2016.

CUADRO 3. ASALARIADOS EN RIESGO DE EXCLUSIÓN SOCIAL. EVOLUCIÓN EN ESPAÑA Y SITUACIÓN UE (2016)



EN EUROPA

Año 2016. Las cifras de Italia y de la media de la UE-28 son de 2015



Fuente: El país, noviembre 2017, en base a datos proporcionados por Eurostat.

No es necesario acudir a otros países –como la India, Bangladesh o Brasil– para apreciar una «sospecha de incumplimiento» de los derechos establecidos en los pactos internacionales sobre la libertad de trabajo. Si analizamos los pactos que hemos suscrito, no solo la Carta Social Europea, y que, por tanto, forman parte del ordenamiento jurídico español, apreciamos en muchas de nuestras normas internas no sólo un retroceso en materia de derechos sociales –ése es otro tema– sino también en derechos universales de los seres humanos, lo cual nos retorna a la cuestión inicial, son muchos los incumplimientos que España acumula, al menos en los últimos 10

años, sin que nuestros Gobiernos hayan reaccionado de manera alguna.

2. MANTENIMIENTO DE UN NIVEL DE EMPLEO ESTABLE Y ELEVADO. Y DERECHO A LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

2.1. Situación española del mal llamado «mercado laboral». La temporalidad en la contratación

De 1994 a 2007 la economía española disfrutó de un prolongado periodo de desarrollo,

creciendo el empleo un promedio de 3,15% del PIB⁹, por encima del 0,80% de la UE-10. Este periodo expansivo supuso la creación de más de 7 millones de empleos netos, con un incremento de 13,3 a 20,6 millones de trabajadores empleados.

En la primera década del siglo XXI, la población activa aumentó considerablemente¹⁰ debido, fundamentalmente, a la inmigración; la población del colectivo de extranjeros pasó de 923.879 personas en el año 2000 a 5.747.734 en el 2010. El incremento en los años posteriores se fue reduciendo paulatinamente, creciendo por primera vez, desde 2011¹¹, en el año 2016 (con 4.417.517 personas), y situándonos en la actualidad, según datos del INE publicados en abril 2018 en 4.719.418 personas.

Entre los años 2005 y 2012, la población activa se situaba en 22.922.400 personas, mientras que el número de personas en desempleo aumentaba en más de 4.000.000 de personas¹²; Por su parte, la tasa de desempleo ha sufrido los siguientes vaivenes desde entonces¹³:

1. En 2012, se situaba en España en el 25%¹⁴.
2. En 2013, se encontraba en un 26,4%¹⁵.

⁹ Este rápido crecimiento del PIB, que en el periodo previo a la crisis económica actual alcanzó un promedio anual del 3%, fue impulsado por una demanda interna pujante, en un contexto de tipos de interés históricamente bajos, pero no ha estado exento de desequilibrio, esto es: la especialización en sectores de baja productividad, la persistencia de un elevado diferencial de inflación y un significativo déficit por cuenta corriente, que en 2007 equivalía al 10% del PIB.

¹⁰ La tasa de desempleo anual en 2007 se situaba en un 8,23%, como promedio de los cuatro trimestres del año, lo que suponía una reducción de 14 puntos desde 1994, según la Encuesta de Población Activa (EPA). Serie histórica. Instituto Nacional de Estadística. El promedio de la Unión Europea en 2007 era un 8%, según Eurostat (2008).

¹¹ Serie Fenómenos Demográficos, Estadística de Migraciones (2000-2012). Instituto Nacional de Estadística.

¹² Según la Encuesta de Población Activa (EPA). Serie histórica. Instituto Nacional de Estadística.

¹³ Datos obtenidos de la EPA (INE).

¹⁴ Eurostat (2013).

¹⁵ Eurostat (2014). 15 de abril.

3. En 2014, disminuía hasta el 23,7%, con 17,5 millones de personas ocupadas, frente a los 20,7 millones de ocupados en 2007.
4. En 2015, la cifra caía hasta el 20,9%.
5. En 2016, la disminución llegaba hasta el 18,63%, con una cifra total de desempleados de 4.237.800, destacándose una población activa de 22.745.900 personas, la mejor cifra en 10 años, como puede observarse.
6. En 2017, alcanza su nivel más bajo desde 2008, 16,5%, pero con un número de ocupados inferior, 18.998.400 personas.
7. En el primer trimestre de 2018, según los últimos datos proporcionados por el INE, la tasa de desempleo se refleja en 16,74%, con unas 3.796.100 personas desempleadas y una población activa de 18.874.200 personas.

Estas cifras no pueden llevarnos a error, un simple análisis de las mismas revela cómo pese a que la tasa de desempleados, medida en porcentaje, ha disminuido considerablemente desde el inicio de la crisis económica caracterizada por una destrucción de empleos masiva, también lo ha hecho la base sobre la que calcularla, la población activa. Hoy en día, tenemos menos trabajadores.

Por otra parte, si nos centramos en las modalidades contractuales más utilizadas en España, pese a la estricta normativa sobre la realización de contratos temporales existentes (básicamente nos referimos al TRET y al Real Decreto Legislativo 2720/1998, de 18 diciembre), que exigen la causalidad de los mismos como requisito de su celebración, el panorama desde el año 2000 se puede resumir como sigue.

Entre los años 2000 y 2007 aproximadamente un tercio de los trabajadores en España tenían un contrato temporal. En concreto entre 2007-2008 en pleno apogeo del sector de la construcción, el 12% de los contratos que se realizaban eran indefinidos, cayendo poco a poco la cifra en los primeros años de la crisis económica.

CUADRO 4. RELACIÓN INDEFINIDOS Y TEMPORALES 2008-2010

Asalariados	Indefinidos	Temporales
2008	11.954.800	4.905.500
2009	11.877.700	4.003.400
2010	11.734.800	3.857.500

Fuente: INE.

Entre 2008 y febrero de 2012, la crisis se llevó por delante 450.000 puestos de trabajo indefinidos y 650.000 en los dos siguientes años. Al finalizar el año 2015, los contratos indefinidos suponían un 74% de los contratos temporales, cuatro puntos menos que en 2013, lo que indicaba que la reforma laboral llevada a cabo no había cambiado la tendencia.

En 2014, uno de cada cuatro contratos no es indefinido en España, con un porcentaje de temporales del 24%, siendo la media de la Eurozona del 15,3%. España se situaba con una tasa de indefinidos del 76% por detrás de países como Portugal, Chipre, Grecia o Irlanda, países que pasan o han pasado por una situación económica bastante más dura que la española, pero que, sin embargo, tienen una dualidad mucho menor.

En 2015, año en el que empieza a notarse un ligero aumento de la economía, son 1.509.165 los contratos indefinidos lo que representa un 11,76% de aumento sobre el año 2014. Además del total de contratos

indefinidos, el 31,72% proceden de la conversión de contratos temporales a fijos lo que indica que una cantidad destacable de contratos encadenados temporales ha conseguido realizarse en fijos, una cifra 1,02 puntos superior al periodo anterior. Los contratos temporales también aumentan y lo hacen en un 10,99% sobre los registrados en 2014, situándose según datos de la EPA en 26,15%. Por tanto, queda constancia que en épocas donde se aprecia un crecimiento, por leve que sea, nuestra legislación incentiva la creación de contratos temporales por encima de los fijos. En concreto las causas de este aumento en este año parecen claras; venimos de una horrible crisis que ha menguado las plantillas de las empresas, tanto fijos como especialmente temporales, lo que hace suponer que, si en este año se prevé un pequeño incremento de los indicadores económicos, las empresas no optarán por empezar una gran contratación de trabajadores indefinidos sino trabajadores con carácter temporal ante tal incertidumbre.

CUADRO 5. PORCENTAJE DE CONTRATOS NUEVOS INDEFINIDOS (2007-2016)

Fuente: Ministerio de Empleo.

Dentro de los contratos temporales en 2015 destacaban los eventuales por circunstancias de

la producción con una cantidad de 7.722.400 y los de obra o servicio determinado con 7.334.750.

CUADRO 6. CONTRATOS SEGÚN DURACIÓN

Duración	Total	Porcentajes	
	2015	2015	2014
Menos de 7 días	4.588.513	24,70	24,01
Más de 7 y menos de 15 días	864.597	4,65	4,78
Más de 15 y menos de 1 mes	1.550.518	8,35	9,03
Más de 1 mes y menos de 3 meses	1.723.827	9,28	9,06
Más de 3 meses y menos de 6 meses	1.102.697	5,94	5,77
Más de 6 meses y menos de 12	438.925	2,36	2,27
Más de 12 meses	58.600	0,32	0,33
Indeterminados	6.739.438	36,28	36,68
Indefinidos	1.509.165	8,12	8,07

Fuente: SEPE.

La Subdirección General de Estadística a cargo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no dio buenas noticias al acabar el año 2016¹⁶; la temporalidad no había mejorado en el año 2016 que cierra el periodo con un aumento del 0,8 absoluto y un 3,1 porcentual más que en el año anterior. España acaba el año con un 27% de tasa de temporalidad, lo que se traduce en 4.152,3 miles de trabajadores con contrato temporal (3.058,4 a tiempo completo y 1.093,9 a tiempo parcial). Se habían registrado 16.689 contratos temporales con respecto a 1.591 contratos indefinidos.

Los datos consolidados de 2017 se sitúan en la firma de 21,5 millones de contratos de trabajo, de los cuales un 90% han sido temporales, es decir un total de 19,6 millones; se destaca, asimismo, que un 24,8% de esos contratos temporales han tenido una duración de menos de una semana.

Todos estos datos ponen de relieve que la característica principal del mercado laboral español ha sido y es el uso masivo de contratos temporales, afectando además a un 60% de la población juvenil (entre 16 y 24 años), por lo que nuestro país se coloca muy por encima de la media UE (14,4%) en tasa de temporalidad.

2.2. Medidas de políticas de empleo del Gobierno español a la luz de la Carta Social Europea: 2007-2010 y 2011-2014

2.2.1. Periodo 2007-2010

La Estrategia de Lisboa (Consejo Europeo de Lisboa, marzo de 2000) fijó como objetivo estratégico de la UE, en un marco temporal de 10 años, los siguientes grandes objetivos: su fortalecimiento económico en el contexto mundial, fundamentado en el conocimiento, el pleno empleo, el desarrollo sostenible y la

inclusión social, como grandes objetivos. Por ello España, aprobó el 13 de octubre 2015, el Programa Nacional de Reformas (en adelante, PNR), en torno a dos grandes prioridades:

- Conseguir la plena convergencia con la UE, tanto en renta per cápita como en empleo y en sociedad del conocimiento.
- Incrementar la tasa de empleo hasta el 66%.

Los informes de valoración de la Comisión Europea desde enero 2006 hasta 2007 (por ejemplo, el documento COM n° 30/F, de 25 de enero de 2006) eran en general muy positivos de los avances de nuestro país tanto en la aplicación del Plan como en el desarrollo de las áreas prioritarias de la Agenda Europea¹⁷. No obstante, ponían de manifiesto, entre otras, las debilidades en el mercado de trabajo.

La situación cambia radicalmente en el año 2008, cuando el Informe Anual de Progreso de la Comisión aprecia un cambio significativo, la desaceleración del crecimiento, provocada por la crisis económica, y con un negativo impacto en el empleo.

Junto a las medidas de políticas de empleo llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas, las propuestas del Gobierno central han ido encaminadas, a partir de la crisis económica, a reactivar la economía, reformar la legislación laboral y a la mejora del ámbito educativo, sucediéndose a través de la técnica del Real Decreto un maremágnum de normas que acaban solapándose entre sí y que dificultan al técnico su aplicación. Como no podía ser de otra manera, tanto las Comunidades Autónomas como la Unión Europea han influido considerablemente en el giro de las medidas adoptadas en los últimos años.

¹⁷ Sobre el seguimiento y evaluación del Programa de Reformas puede leerse, ORDAZ SANZ, J.A.; MELGAR HIRALDO, M^a C., «El Programa Nacional de Reformas de España: descripción y oportunidad para los métodos cuantitativos en el contexto de incertidumbre actual», Revista de Métodos cuantitativos para la Economía y la Empresa, n° 8, diciembre 2009, pp. 95-102.

¹⁶ MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. «Resumen últimos datos 2016». <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf>

Por su parte, el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas y su posterior convalidación por la Ley 27/2009, de 30 diciembre, incorporaron modificaciones a la normativa vigente. Las más destacables a efectos de nuestro estudio son las siguientes:

- Bonificación a las cotizaciones empresariales a las Seguridad Social en los supuestos de regulación temporal de empleo, hasta alcanzar el 50%.
- Modificaciones en la regulación de los convenios especiales con la Seguridad Social en caso de Expedientes de Regulación de empleo, para fomentar la activación de los trabajadores de edad avanzada, de 61 a 65 años de edad.
- Bonificaciones en la contratación indefinida realizada hasta el 31 de diciembre de 2009, de personas en situación de desempleo y receptoras de prestaciones.
- Plan extraordinario de mantenimiento y fomento del empleo de los trabajadores con discapacidad.
- Sistemas de informes y evaluación de las medidas adoptadas a posteriori.

El Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y convalidado por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, corrigió la reforma laboral llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo. Esta reforma de 2010 dejó eliminadas muchas de las prescripciones anteriores, para incorporar a su vez un gran catálogo de medidas «anticrisis»; entre ellas, destacamos las siguientes:

- Modificación de la regulación de los contratos temporales, en especial con respecto a su duración máxima y a la concatenación fraudulenta de los mismos. La medida, que se encuentra en el

vigente artículo 15.5 TRET determina que serán trabajadores indefinidos de pleno derecho los trabajadores que hayan estados contratados por dos o más contratos temporales en un plazo de más 24 meses, en un periodo de referencia de 30 meses, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, con o sin solución de continuidad.

- Incremento progresivo de las indemnizaciones por finalización de determinados contratos temporales, de 8 días hasta 12 días por año de servicio, a partir del 1 de enero de 2015.
- Fomento de la contratación para el fomento del empleo indefinido de colectivos especialmente vulnerables, entre otros, los jóvenes de 16-30 años, las mujeres de más de 45 años y las personas desempleadas de larga duración.
- Bonificaciones a las contrataciones indefinidas de los mismos colectivos especialmente vulnerables, con diferentes cuantías en atención al colectivo.
- Bonificaciones en los contratos formativos.

Las Conclusiones CEDS XXI-1, España, art. 1.1, publicadas el 7 diciembre de 2012 (periodo 2007-2010), son, en sí mismas, una ausencia de conclusiones; de nuevo, por la falta de información enviada por España pospone su conclusión. La primera observación sobre los informes enviados por nuestro país es, como no podía ser de otra manera, el evidente deterioro del mercado de trabajo como consecuencia de la crisis económica, haciéndose eco de las cifras proporcionadas por Eurostat al respecto. Muestra el Comité su especial preocupación por el grupo de jóvenes, tan afectados por la situación y destaca las medidas llevadas a cabo por España como respuesta a la crisis económica a partir del 2009 (entre ellas,

las que analizábamos previamente), pero solicitando la información sobre el impacto positivo de las mismas en la mejora de las oportunidades de empleo.

2.2.2. *Periodo 2011-2014*

El siguiente periodo que analizamos se corresponde con las medidas españolas por parte del Comité, en plena crisis, desde 2011 hasta finalizar el año 2014.

En primer lugar, el Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, incluye medidas fundamentales, enfocadas a los colectivos más afectados por la crisis económica:

- Programa excepcional de empleo para la transición hacia la contratación estable. Este programa, dirigido a personas desempleadas, inscritas en la oficina de empleo al menos 12 meses en un periodo de 18 meses previos a la contratación. A pesar del nombre de contratación estable, el programa que incluía una serie de beneficios importantes para las empresas –bonificación de hasta el 100% de las cuotas de Seguridad Social–, permitía que la contratación a tiempo parcial (entre un 50-75% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable) fuera tanto a través de contratos indefinidos, como de contratos temporales (salvo interinidad y de relevo). Dicho esto, la supuesta contratación estable no era tal.
- Programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo. En él se incluían medidas de políticas activas personalizadas y ayudas económicas, para personas desempleadas sin percepción de prestaciones o subsidios, pero con constancia de carencia de rentas. La duración del programa sería de 6 meses y la cuantía del 75% del IPREM.

En segundo lugar, el Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, se centró más en realizar modificaciones en torno a los objetivos de la políticas de empleo y su necesaria transformación en cuanto a objetivos y desarrollo, la importancia de la dimensión local de las mismas (para ajustarse lo máximo posible a las necesidades del territorio y de los ciudadanos) y a la mejora en las futuras Estrategias de Empleo y Planes anuales de políticas de empleo.

En tercer lugar, el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas, lo que hace es una descripción funcional del fenómeno «empleo sumergido», como aquel cuyo empleador no ha dado de alta ante la Seguridad Social (conectándolo con la obligación en la Ley General de Seguridad Social de afiliación y alta al sistema). En España no hay una definición de trabajo sumergido, aunque existen mecanismos de regularización a través de la Inspección Trabajo o de la Seguridad Social y Entidades Gestoras y Servicios Comunes. Asimismo, nuestro país se encuentra entre los países con el nivel más elevado de desigualdad y es el país donde más aumentó ésta durante la crisis, impulsada principalmente por el desempleo y la polarización de los ingresos entre las personas ocupadas.

En este sentido, según la memoria publicada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española en 2015 (Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) durante el año 2013, el denominado «empleo aflorado»¹⁸ alcanzó la cifra de 79.483, siendo el 2014, un año en el que la cifra aumentó a

¹⁸ La Inspección de Trabajo considera como «empleo aflorado» las altas en el sistema de Seguridad Social realizadas de oficio y las altas tramitadas por los empresarios como consecuencia de las actuaciones de la Inspección de Trabajo, así como las infracciones empresariales por dar ocupación a extranjeros sin autorización de trabajo. En definitiva, registrar el trabajo no registrado o informal.

82.393, esto es, en un 25,1% de las inspecciones de trabajo realizadas se apreciaron irregularidades (de un total de 203.490 inspecciones); este porcentaje supone un incremento del 3,66% con respecto al año anterior, 2013, y una elevación desde el año 2010 en el que las irregularidades supusieron un 17,7%.

En cuarto lugar, el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014¹⁹. En este caso la línea continuó siendo la de especial fomento de los colectivos más vulnerables, los jóvenes —centrándose en un itinerario centrado en la cualificación profesional—, las personas mayores de 45 años, las personas con discapacidad o en situación de exclusión social y los inmigrantes. Vuelve a centrarse la estrategia en la necesidad del diagnóstico e itinerario personalizado y en la perspectiva territorial.

En quinto lugar, el Real Decreto-Ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que fue posteriormente mejorada y ampliada por la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, que sigue vigente hoy en día en la práctica totalidad de su texto.

Junto con los incentivos fiscales para la creación de nuevas entidades, la reducción de cuotas a la Seguridad Social para jóvenes y discapacitados que se establecieron por cuenta propia, incluía, además, dos medidas significativas.

¹⁹ La Estrategia Española de Empleo (EEE) atañe al conjunto de acciones y medidas de orientación, empleo y formación dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social. Afecta, asimismo, a las medidas para el fortalecimiento y la modernización de los instrumentos administrativos y de servicio a las personas y empresas que permiten la aplicación de las políticas señaladas y a las actuaciones para reforzar la coordinación de todos los actores públicos y privados que realizan actuaciones encaminadas a lograr los mismos objetivos.

Por un lado, la posibilidad de compatibilización de la prestación de desempleo con la realización de un trabajo por cuenta propia, conforme a los programas de fomento de empleo vigentes en cada momento.

Por otro lado, la creación de una nueva modalidad del contrato eventual pero cuya causa se encuentra en la ausencia de experiencia del trabajador, el contrato denominado como «Primer Empleo» joven. Este tipo de contrato va dirigido a jóvenes desempleados menores de 30 años (o 35 años si posee alguna discapacidad), sin una experiencia laboral o con una experiencia de tan solo 3 meses. La duración mínima del contrato, ya sea a tiempo parcial (más de un 75% de jornada) o a tiempo completo, es de tres meses y máxima de seis meses, salvo una duración superior establecida por convenio, que en ningún caso podrá sobrepasar los 12 meses. Con este tipo de contrato, se bonificará al empresario en sus cuotas a la Seguridad Social, si transforma el contrato en indefinido una vez que ha transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde su firma. Desde nuestro punto de vista se trata de un nuevo contrato temporal que ha eliminado la causalidad para su celebración, con los efectos perniciosos que sobre el empleo juvenil (y no tan juvenil, pues hablamos de 30 años) recaen.

A partir del 2013, España anunció una nueva estrategia, basada en las líneas de actuación acordadas con las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales, de 11 de abril de 2013, y con el objetivo claro de potenciación de las políticas activas de empleo y su efectividad, y el cambio de financiación y gestión de las mismas. La distribución de fondos se preveía en un 40% en función del cumplimiento por parte de cada Comunidad Autónoma de los objetivos acordados el año anterior²⁰; la gestión de estos fondos —un total

²⁰ Medido en base al cumplimiento de los respectivos indicadores y ponderado en función de la importancia relativa que se asigne a cada uno de los objetivos, más un mecanismo de garantía de continuidad con el marco anterior del 60% que

de 1.342.581,25 miles de euros— se realizaría de conformidad con lo establecido en el art. 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria y, por lo tanto, les sería de aplicación lo regulado en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2013.

Por otra parte, el Consejo de la Unión Europea realizaba Recomendación el 29 de mayo de 2013 respecto al Programa Nacional de Reforma de 2013 de España, emitiendo un Dictamen²¹ sobre el Programa de Estabilidad de España para 2012-2016; en este sentido, varias eran las observaciones de interés para nuestro país, pero centrémonos en la siguiente: realizar «rápidamente» una reforma de las políticas activas del mercado de trabajo, orientadas a la consecución de resultados, incluido el fortalecimiento de los objetivos y la eficiencia de las orientaciones.

Según el Informe del Mercado de Trabajo elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal en 2013, el índice de valor medio de contratos por persona contratada y año se ha situado en España en 2012 en 2,38 empleos, la tasa de rotación más alta en los últimos años, mientras que la tasa de desempleo de larga duración en 2013 —entiéndase, 12 meses o más en desempleo— se situaba en un 49,8%; el presupuesto para 2014 destinado a políticas activas de empleo alcanza los 4.073,52 millones de euros, un 7,9% más que en 2013, según el proyecto de Presupuestos Generales del Estado (PGE), un gasto inferior que el que se destina a políticas pasivas de empleo²².

facilite la adaptación al nuevo modelo y gradúe el impacto que su implantación pueda tener, sobre todo en los primeros años. Información extraída del Informe del Mercado de Trabajo Estatal. Observatorio de las ocupaciones. SEPE (2013).

²¹ COM (2013) 359 final-29.5.2013.

²² En el Anexo de las Estadísticas del Informe de Perspectivas de Empleo 2012 (OCDE), con cifras correspondientes al 2010, se afirma que el gasto en términos del PIB en políticas activas es de 0,9% y en políticas pasivas es del 3,1%. Es cierto que se aprecia un incremento considerable en los años de comienzo de la crisis, del 2008 al 2010, con una insistencia igualmente en las políticas pasivas, puesto que en 2008 las cifras eran un 0,8% en políticas activas y un 1,9% en políticas pasivas. Pero, curiosamente, la compensación por demandante

En este sentido, antes de centrarnos en el análisis las medidas más controvertidas del año 2013, que tuvieron lugar con la aprobación del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y su posterior convalidación a través de la Ley 3/2012, de 6 julio, nos queda mencionar el Real Decreto Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida. Esta norma, que pretendía, como su propia denominación indica, fomentar la contratación indefinida, introduce una importante reducción de las cotizaciones por contingencias comunes a la Seguridad Social para las empresas que, cumpliendo determinados requisitos, formalicen aquel tipo de contratos. No obstante, en la misma exposición de motivos del Real Decreto Ley se especifica que se trata de una medida a corto plazo.

2.3. La reforma laboral del 2012 y sus múltiples controversias

2.3.1. *El contrato de trabajo indefinido de apoyo a emprendedores*

El llamado contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores es una de las nuevas figuras creadas por la reforma de 2012, una tipología contractual inexistente hasta el momento. La regulación de este tipo contractual de nueva factura podemos encontrarla en el Capítulo II de la Ley 3/2012, relativo al fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo, y más concretamente, en su art. 4.

Sin entrar en demasiados detalles de su regulación, pues es de sobre conocida, se trata de un contrato indefinido que plantea un periodo de prueba para el trabajador de 1 año. Este contrato —bonificado para las empresas—

de empleo es más baja que la media de la UE (-12,5%). Fuente: OCDE (2011).

puede realizarse por empresas que tengan menos de 50 trabajadores en el momento de la contratación, y puede llevarse a cabo a tiempo completo o parcial, hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%. Destaca curiosamente cómo el legislador denomina a estas empresas de menos de 50 trabajadores como emprendedores, lo que constituye, a mi modo de ver, una perversión de esta figura, puesto que es muy cuestionable clasificar al sujeto que cuenta con una plantilla de hasta 50 trabajadores como emprendedor; más aun teniendo en cuenta que el 99,3% de las empresas españolas en el año 2013 tenían una plantilla inferior a los 50 trabajadores²³.

La polémica ha estado servida, un contrato de trabajo con la utilización de un perverso periodo de prueba, impugnado ante la jurisdicción social y ante el Tribunal Constitucional español, con resultados del todo contradictorios y que según el propio Ministerio de Empleo español no ha resultado tan útil como parecía.

Este periodo de prueba de un año, que todo y ser facultativo, se presume que será siempre utilizado dado las ventajas que su aplicación conlleva al empleador, implica un elevado riesgo de convertir este contrato en un mecanismo de empleo temporal, pero además sin las garantías propias de éste, precarizando todavía más unas condiciones de trabajo que pretendían ser mejoradas fomentando la contratación indefinida. En adición, ofrece un despido libre y barato al empleador durante el periodo de prueba, permitiendo huir del control judicial sobre la extinción del vínculo laboral, de manera que se allana el camino a la posibilidad del encadenamiento reiterado de contratos de apoyo a los emprendedores, que se vayan extinguiendo y celebrando de nuevo al término del periodo de prueba, constituyendo ello, a mi entender, un uso fraudulento evidente de esta modalidad contractual.

²³ EUROPEAN COMMISSION, *Annual Report on EU Small and Medium sized Enterprises 2012*. ECORYS, 2012. El informe toma datos para España, principalmente del INE y del Directorio Central de Empresas (DIRCE).

Al desvirtuar el concepto de periodo de prueba, vemos que el potencial daño para la estabilidad y la seguridad en el empleo de los trabajadores es extremadamente elevado. Y por ello considero que este contrato entra en colisión con algunos de los preceptos de la citada Carta Social Europea, no solo el art. 4 que ha sido invocado en numerosas ocasiones, como a continuación veremos, sino el art. 1, que obliga a España a mantener un nivel lo más elevado y estable posible de empleo o el art. 31.

A continuación, analizamos, por orden cronológico las referencias judiciales y jurisprudenciales más interesantes en torno a este significativo periodo de prueba:

Decisión de Fondo del CEDS, de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 66). Aunque no se trate del análisis de la medida española, sino de los sindicatos griegos contra una regulación similar, el Comité consideró que su duración era excesiva, pero no que vulneraba el art.1.1 sino el art. 4.4 de la Carta. Se trata de una Decisión por el sistema de reclamaciones colectivas, justo lo que España no ha ratificado²⁴.

La primera Sentencia, salvo error u omisión por nuestra parte, que declaró de aplicación directa la Carta Social con respecto al contrato examinado, fue la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 Barcelona, de 19 noviembre 2013, Sentencia 412/2013. Esta Sentencia que fue seguida por otras tantas de juzgados de lo social, de las que mencionáremos algunas, fue citada por el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa²⁵ como pionera en una línea interpretativa de la Carta y los compromisos asumidos por los

²⁴ En materia de informes y reclamaciones colectivas, puede leerse, PRIETO SUÁREZ, R., «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (El sistema de informes y las reclamaciones colectivas)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales* núm. 11/primer semestre 2018, pp. 355-365.

²⁵ En su documento elaborado para la conferencia del Comité celebrada en Turín 2014 titulado «Preserving europe's social model».

países firmantes que permite aplicar la doctrina del Comité contenida en sus Decisiones resolutorias de reclamaciones colectivas en países no firmantes del Protocolo Adicional correspondiente²⁶.

Esta jurisprudencia ha sido aplicada directamente por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, resolviendo que la finalización contractual durante ese periodo es improcedente por aplicación del principio de jerarquía normativa y el control de convencionalidad²⁷.

En la Sentencia del Juzgado de lo Social de Toledo (sección 1ª) de 27 noviembre 2014, rec. núm. 536/2014, tras la importante afirmación de que la Carta Social Europea, al ser una norma internacional y formar parte del derecho interno, tiene el mismo valor vinculante que los tratados de la Unión Europea, pasa a analizar el contrato de apoyo a emprendedores. En este sentido, y de manera muy respetuosa a las Conclusiones del CEDS en torno a la innecesariedad de reducción de derechos sociales en tiempos de crisis, afirma que el art. 4.3 Ley 3/2012 no se puede aplicar porque contraviene una norma de rango superior, la Carta Europea «(...) pues no fija ni preaviso ni indemnización por finalización de un contrato indefinido dentro del periodo de prueba de un año, plazo que en todo caso es excesivo y carente de causa, y en consecuencia, lo que

debe aplicarse es el ET, que remite al convenio colectivo de aplicación en la materia».

La Sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero, recurso de inconstitucionalidad 5610-2012, ha sido una de las Sentencias más difíciles de este Tribunal en plena crisis económica, con más de 60 páginas de contenido (Ponente: Magistrada Dña. Encarnación Roca Trías) y un voto particular formulado por el Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré de 39 páginas. El recurso se plantea contra diversos artículos de la Ley 3/2012 de 6 julio, la denominada «reforma laboral del PP», por vulneración de los artículos 14, 23, 24.1, 28.1, 35.1, 37.1 y 103.3 de la Constitución Española (CE). El TC desestima todos y cada uno de los fundamentos planteados, recurriendo sistemáticamente a un presupuesto común, a mi modo de ver erróneo –coincidente en parte esta opinión con el del Voto Particular formulado–; a saber, la utilización como canon interpretativo de la «crisis económica» para justificar las diversas medidas de la Ley impugnada, aludiendo a que la política legislativa de la misma, tiene como finalidad la búsqueda de medidas alternativas a la destrucción de empleo. En cuanto a la impugnación del art. 4 apartado 3º (al periodo de prueba de 1 año, establecido para un nuevo modelo de contrato de trabajo, contrato indefinido de apoyo a emprendedores), el TC considera que tal medida cuenta con una justificación legítima, razonable y proporcionada en atención a los fines que persigue. Entre los motivos alegados, se destacan la finalidad de fomento del empleo en tiempos de crisis de colectivos considerados vulnerables, el carácter excepcional y limitado en el tiempo –hasta que la tasa de desempleo se reduzca por debajo del 15%– y el corto alcance de la medida –solo para empresas con menos de 50 trabajadores; consideraciones todas que hacen a la medida equilibrada, a juicio del Tribunal, respecto a los sacrificios y beneficios que reporta. Pero se añade una consideración más en este FJ 3º, digna de destacarse; esto es, que el periodo de prueba de 1 año, junto con la finalidad básica sirve, afirma el Alto Tribunal, para la verifi-

²⁶ Según JIMENA QUESADA, L., «Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos sociales: tributo a Jean Michel-Belorgey», Lex Social, volumen 7, núm. 1, 2017, «incluso para quienes entendían (erróneamente) que las decisiones del CEDS de 2012 frente a Grecia no eran trasladables a España (por no haber aceptado nuestro país el procedimiento de reclamaciones colectivas), tampoco se reveló útil dicho pretexto tras la conclusión frente a España (en el marco del sistema de informes) en enero de 2015, en donde, precisamente con apoyo en la decisión sobre la Reclamación nº 65/2011 contra Grecia, declaró explícitamente que «el artículo 4, párrafo 3, de la Ley 3/2012 no es conforme al artículo 4.4 de la Carta», p. 17.

²⁷ Véase en este sentido SALCEDO BELTRÁN C.: «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional». Revista de Derecho Social, 2013, nº 62, pp. 93 a 122.

cación de si ese puesto de trabajo que ocupa el contratado bajo esta modalidad «*resulta viable económicamente*»; argumento que, en mi opinión, desvirtúa la finalidad de la institución «periodo de prueba» y hace recaer sobre el trabajador una responsabilidad que no le corresponde, la viabilidad económica de la empresa. Es necesario destacar que solo el voto particular de la Sentencia contiene alusiones a la Carta Social.

Respecto a la STC 140/2015, de 22 julio (sala segunda), aunque no se citen expresamente los artículos de la Carta, la pretendida vulneración o inconstitucional deviene del incumplimiento de su recepción en el ordenamiento jurídico español, destacando el art. 35.1 CE. Pues bien, el Tribunal, con alusión a sus anteriores Sentencias (119/2014 y 8/2015) rechaza el recurso por los mismos motivos que se mencionaban en la anterior.

La STSJ de Cataluña de 22 junio 2015 [rec. núm. 134/2015], desestima la aplicación del informe del CEDS por considerar que no es directamente ejecutable para determinar la validez del periodo de prueba de 1 año del contrato de apoyo a emprendedores. No obstante, realiza una interesante argumentación en el siguiente sentido: considera que, en el hipotético caso que la Carta fuera directamente aplicable, el periodo de prueba de 1 año no contravendría los derechos recogidos en aquella, con la consecuencia de su nulidad; sino que, en ese hipotético caso, la rescisión del contrato durante el periodo de prueba debería contar con un preaviso suficiente.

La STJ de Islas Canarias, Las Palmas (sala social, sección 1ª), de 30 marzo 2016, rec. núm. 989/2015, Ponente: Ramón Jesús Toubes Torres), reconoce igualmente la validez de la extinción del contrato durante el periodo de prueba de 1 año, no solo por la declaración constitucional de validez de la misma, sino también, afirma la Sentencia, porque el art. 4.4 no puede invocarse a efectos de su aplicación directa. Eso sí, reconoce la indemnización por falta de preaviso en la extinción.

La STSJ de Castilla y León, en Valladolid (social) de 26 de septiembre 2016, rec. núm. 1527/2016, Ponente: Rafael Antonio López Parada, resulta del todo interesante, pues, pese a la dificultad de resolución del caso, por el planteamiento de una demanda escasa, declara que la norma internacional dispone la necesidad de un plazo razonable de preaviso para la extinción de un contrato de trabajo como el que se presenta; de tal manera, que considera que no puede hacerse una interpretación del convenio colectivo aplicable contraria al art. 4.4 Carta Social.

Pocos días después, aparece la STSJ Las Palmas de Gran Canaria (social), de 28 septiembre 2016, rec. núm. 581/2015, Ponente: Humberto Guadalupe Hernández. La Sentencia analiza de manera exhaustiva el valor jurídico de la Carta Social y su aplicabilidad en España, con respecto al periodo de prueba del contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Su conclusión es la ilegalidad del modelo contractual español con respecto al plazo razonable de preaviso que debe existir en un contrato de trabajo. En el mismo sentido, las SSTSJ de las Islas Canarias, de las Palmas de Gran Canaria, de 30 marzo 2016, rec. núm. 989/2015, Ponente: Ramón Jesús Toubes Torres y de 18 abril 2016, rec. núm. 110/2016, Ponente: Ignacio José Duce Sánchez de Moya.

La STSJ Islas Canarias, Las Palmas (sala social, sección 1ª), de 31 enero 2017, rec. núm. 1300/2016, Ponente: Humberto Guadalupe Hernández, es concluyente con la validez del desestimiento durante el periodo de prueba en base a los siguientes motivos: ha sido declarado constitucionalmente válido, no afecta al derecho al trabajo, ni a la negociación colectiva, ni a la tutela judicial efectiva ni al principio de igualdad. Sin embargo, lo que sí reconoce es una indemnización por falta de preaviso, consistente en 15 días de salario.

Y, la más reciente, salvo error u omisión por nuestra parte, STSJ Cataluña (social, sección 1ª), de 18 enero de 2018, rec. núm. 6687/2017, Ponente: Carlos Hugo Preciado Domenech, con indicación de sus sentencias precedentes

al respecto (Sentencias núm. 4090/2015 de 22 junio, núm. 908/2016 de 10 febrero, o núm. 5246/2015 de 16 septiembre), considera válida la extinción del contrato de apoyo a emprendedores por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba atendiendo a la declaración de constitucionalidad de la Ley 3/2012, pero también destacando que no se puede invocar a efectos de su aplicación directa el art. 4.4 Carta Social.

En las Conclusiones del CEDS XX-3, España, art. 4.4 de 2014, el Comité ya manifestó que España no cumplía con la Carta en este aspecto, afirmando que el periodo de preaviso aplicable a los contratos de duración determinada y a los indefinidos no era razonable, destacándose que en el caso del despido durante el periodo de prueba de un trabajador con un contrato indefinido de apoyo a emprendedores el preaviso se excluye. Desde nuestro punto de vista el Comité es demasiado en su Informe, pues no solo no conecta con otros derechos que consideramos vulnerados de la Carta, sino que tampoco analiza la duración de un periodo de prueba como el descrito, sin distinción entre sectores o tipo de actividades.

Por su parte, las Conclusiones del Comité XXI-1 España, sobre el art. 1.1, publicadas el 9 de diciembre 2016 (periodo 2011-2014), aunque desde otro punto de vista, sí consideran que la reforma laboral es vulneradora de la Carta. Pese a que la economía había vuelto a crecer, observa el Comité, este crecimiento no había tenido un impacto en la situación de empleo, pasando a analizar, de una manera breve, eso sí, la reforma laboral del 2012. Los informes enviados por España, destacan como positiva la finalidad de la reforma en los siguientes aspectos: promover la flexibilidad interna de las empresas y redistribuir los costes para los trabajadores permanentes, con una significativa moderación salarial que, según España, había contribuido a una mayor contratación a través de contratos indefinidos.

Sin embargo, el Comité a pesar de destacar el alto porcentaje del PIB en políticas activas de empleo, 3,6%, el doble casi de la media de

la UE, se cuestiona las cifras relativas al número de personas desempleadas participantes en políticas activas. En este último sentido, aprecia una disminución considerable con respecto al año 2009, cuando la tasa de activación era del 55,2%, siendo en el 2013, del 23,3% y solicita de España una explicación no ofrecida por nuestro país: el porqué de dicha reducción atendiendo al mantenimiento de un alto nivel de desempleo, especialmente preocupante en la población joven. Al respecto, lanza además a España otra interrogante: ¿se supervisan las políticas de empleo y cómo se realiza la evaluación de su eficacia?

Por todo lo expuesto, el Comité considera que la reforma laboral del 2012 no ha sido adecuada puesto que no ha tenido un impacto positivo en las cifras de empleo, siendo los esfuerzos realizados por España insuficientes para combatir el desempleo y promover el crecimiento del empleo; por tanto, España no cumple con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Carta Social.

2.3.2. La reducción de la indemnización en caso de despido improcedente

Pese a modificaciones previas en la línea de reducción de la cuantía de la indemnización por despido, fue a partir de la reforma laboral de 2012, y que permanece inalterable en la actualidad, cuando se produjo el gran cambio legislativo al que vamos a hacer referencia.

La reforma, primero de la mano del Real Decreto 3/2012 y posteriormente convalidado por la Ley 3/2012, introdujo una importante modificación en el art. 56 TRET, a saber: la cuantía indemnizatoria por despido improcedente y los salarios de tramitación.

En primer lugar, el primer apartado del citado artículo, establece ahora que cuando el despido sea declarado improcedente, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, el empresario podrá optar entre la readmisión del trabajador, en cuyo caso éste

tendrá derecho a los salarios de tramitación (art. 56.2 ET), o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores al año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Pero, en segundo lugar, se prescinde también de la percepción de los salarios de tramitación por parte del trabajador para el caso en que el empresario opte por la indemnización, gozando ahora pues el trabajador de dichos salarios de tramitación sólo en el caso de que el empresario opte por la readmisión.

Sin embargo, la reforma no modificó el art. 56.4 TRET, de tal manera que, si los afectados por el despido declarado improcedente son los representantes legales de los trabajadores, la opción corresponderá siempre a ellos y no al empresario, recibiendo, en todo caso el importe de los salarios de tramitación.

Como justificación a la medida, el preámbulo de la Ley 3/2012 señala que «(...) *la tradicional indemnización por despido improcedente de 45 días de salario por año de trabajo con un máximo de 42 mensualidades constituye un elemento que acentúa demasiado la brecha existente entre el coste de la extinción del contrato temporal y el indefinido, además de ser un elemento distorsionador para la competitividad de las empresas, especialmente para las más pequeñas, en un momento, como el actual, de dificultad de acceso a las fuentes de financiación*». Pero la citada brecha no es tal, ya que el despido improcedente tiene exacto coste para el empresario, independientemente de la modalidad contractual de que se trate.

Respecto a los salarios de tramitación, la situación actual no deja de ser también paradójica, pues se dispensa un trato de favor a aquellos trabajadores que el empresario haya optado por readmitir, conservando para ellos la percepción de los salarios de tramitación, pudiéndose entender todo ello como una medida tendente a que el empleador opte por la indemnización y el despido, pues de este modo habrá conseguido su propósito y, además, ahorrándose los salarios de tramitación. Además,

se conservan los salarios de tramitación para aquellos representantes legales de los trabajadores o delegados sindicales que opten por la indemnización, privilegio añadido al resto de garantías que el texto del Estatuto contempla en el art. 68 TRET fundamentalmente.

En lo referente a la adecuación de todas estas novedades a la Carta Social Europea, quizás no sean de todas las analizadas las que desentonen de manera más flagrante con el tenor literal de la Carta, si bien es cierto que desde una perspectiva teleológica, las dos medidas que acabo de exponer son claramente contrarias a los fines de protección de la Carta; primero, porque el abaratamiento de un despido improcedente no favorece el mantenimiento de un nivel de empleo lo más elevado y estable posible, sino que lo facilita; y, segundo, porque la supresión de los salarios de tramitación en caso de indemnización y no readmisión, supone el establecimiento de una compensación no equitativa a los distintos trabajadores por actos que reciben la misma calificación jurídica.

2.4. Igualdad de oportunidades. Especial atención al colectivo de personas discapacitadas

El Protocolo adicional a la Carta Social Europea, de 1988, añadía en su art. 1 «El derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo»; derecho que se infiere, a su vez, de todo el articulado de la Carta, incluyéndose el art. 15 relativo al derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.

La consecución de la igualdad y la plena efectividad del principio de no discriminación es una constante en la legislación española, en cumplimiento de las normas internacionales suscritas, tanto de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) como de

las diversas Directivas de la UE, ya adaptadas.

La CE constituye el marco básico del derecho a la igualdad y a la no discriminación, en su art. 14, íntimamente conectado con el art. 9.2 CE. Asimismo, el art. 35 de la CE refleja la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia salarial, pero no como un derecho fundamental, sino como un derecho de los denominados cívicos o de segunda categoría.

Completamos estas disposiciones, con el art. 17 TRET que establece la nulidad de cualquier medida, empresarial, legal o convencional, discriminatoria por razón de sexo en materia de retribución, incluso las medidas adoptadas por el empresario que supongan un trato desfavorable tras una reclamación judicial del trabajador al respecto.

Por su parte, la Ley 33/2002, de 5 de julio, dio nueva redacción al art. 28 del ET, en su adecuación a la transposición del artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE, adoptando el criterio de igual valor y ausencia de discriminación en la retribución, independientemente de la naturaleza de la misma.

Junto a la CE y el ET merece especial atención la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOIEMH), que constituye la normativa-marco en la lucha contra las discriminaciones de género y por la igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres, en todos los órdenes de la vida social, con especial repercusión en el laboral. Con ella se da cumplimiento a la mayor parte de disposiciones de los Convenios de la OIT y se han realizado modificaciones en el ámbito de diversas normas, no solamente laborales.

En los últimos tiempos y aunque no sea objeto específico de este análisis, se habla intensamente de la disparidad salarial basada en la maternidad. Según algunos autores²⁸ esta

disparidad aumenta en función de la cantidad de hijos de una mujer; y se justifica de manera diversa en cada uno de los países, pero en España podría ser debida, a modo de ejemplo, a la pérdida de capacitación debida a la ausencia de la maternidad para ocupar cargos mejor remunerados y en la decisión del empresario de relegar a la mujer madre, con responsabilidad familiares, a un segundo plano, pese a que esté perfectamente capacitada. Asimismo, es destacable cómo todavía en el año 2016 la brecha salarial entre mujeres y hombres y, por tanto, la discriminación y desigualdad entre géneros en el mercado laboral, se sitúa según los datos más recientes (Eurostat, 2016) en el 16,2% en España y la media de la UE en el 16,3%.

Pues bien, al poner de manifiesto los niveles de desempleo y las modalidades de contratación en España en los últimos años, ya ha quedado reflejada la desigualdad de oportunidades en materia de empleo existentes para determinados colectivos, especialmente vulnerables; nos estamos refiriendo a una cifra de más de 4 millones en la actualidad, donde las mujeres ocupan un 57,8%, frente al 42,2% de los varones²⁹. Especialmente involucrados se encuentran los que tienen contratos a tiempo parcial (24,3%), con una tendencia creciente en la última década, así las cosas, mientras que en 2007 uno de cada seis contratos tenía una duración igual o inferior a una semana, actualmente esta proporción es de uno a cuatro. Según datos de la OCDE entre las mujeres este indicador alcanzó entre los años 2013-2014 al 15,4%, mientras que entre los varones ascendió al 5%. Se constata, a pesar de la reducción de las tasas de desempleo que están teniendo lugar desde el año 2013, que el empleo que se está creando es de pésima calidad y es un problema particularmente grave para las nuevas generaciones y las mujeres.

tional evidence, Conditions of work and employment series nº 57, ILO, Ginebra, 2015, pp. 12-17.

²⁹ En este sentido, puede leerse, FELGUEROSO, F.; MILLÁN, A.; Y TORRES, M., *Población especialmente vulnerable ante el empleo en España. Cuantificación y caracterización*, Fedea: Estudios sobre la Economía Española 2017/7, pp. 17 y ss.

²⁸ En este sentido, GRIMSHAW, D y RUPERY, J., *The motherhood pay gap. A Review of the issues, theory and interna-*

La desigualdad en España se ha incrementado en los últimos años, apreciándose un importante deterioro a partir del comienzo de la crisis, como se pone de manifiesto en el *Índice de Justicia Social (IJS)* desde 2008³⁰, a través de diferentes indicadores: prevención de la pobreza, educación equitativa, acceso al mercado laboral, cohesión social y no discriminación, salud y justicia intergeneracional.

Es interesante al respecto, cómo la STS (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 2014 (rec. núm. 1286/2013, Ponente: Gonzalo Moliner Tamborero, con un interesante voto particular, del Magistrado Jordi Agustí Julia) hace referencia a «(...) los derechos sociales de la Unión Europea reconocidos en la Carta Social Europea (Turín 1961) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CD-FUE)». La Sentencia la traigo a colación con respecto al derecho de igualdad de oportunidades en materias relacionadas con el empleo y las prestaciones; en materia de prestación de dependencia, considera el Tribunal que la competencia jurisdiccional la ostenta el orden contencioso-administrativo. Sin embargo, el voto particular invocando la Carta considera que la competencia corresponde al orden jurisdiccional social, puesto que se trata de una prestación de Seguridad Social, en los términos del Derecho de la Unión y de la Carta Social Europea, proclamando una igualdad de oportunidades procesales con respecto a la reclamación de otras prestaciones sociales y de Seguridad Social.

No encontramos mayores pronunciamientos e invocaciones genéricas de la Carta Social para reclamar el tan deseado derecho de igualdad de oportunidades y las Conclusiones CEDS XX-1, España, art. 20, de 9 de diciembre 2016 (2011-2014) ensalzan los esfuerzos legislativos abundantes de nuestro país, reclamando como siempre mayores datos para evaluar el impacto real de las iniciativas.

³⁰ Se trata de un Informe que elabora anualmente la Fundación alemana Bertelsmann Stiftung, (http://www.rtve.es/contenidos/documentos/EU_Social_Justice_Index_2017.pdf)

Por lo que respecta a las personas con discapacidad, como colectivo especialmente vulnerable en el empleo y la formación, nos referimos el art. 49 CE señala: «*Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los amparan especialmente para el disfrute de los derechos de este colectivo, y en la realización personal y en su integración social en la sociedad*». Con base a este mandato de los poderes públicos, se han sucedido las normas al respecto, queremos destacar las siguientes: Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en vigor hasta el 4 de diciembre de 2013), Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, el Real Decreto 127/2014, de 28 de febrero, establece programas de formación profesional para estudiantes y alumnos con necesidades educativas especiales o la Ley 10/2014, de 3 de diciembre, de accesibilidad.

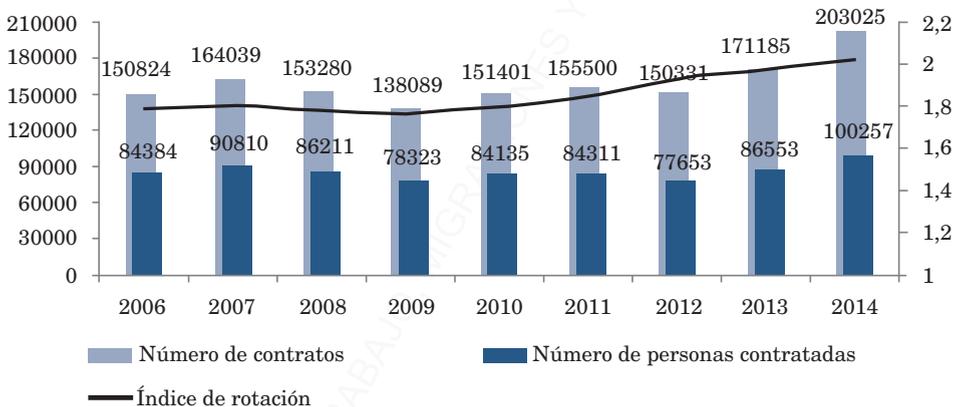
A través de estas medidas legislativas se han establecido medidas para favorecer al colectivo, entre ellas:

- El cupo del 2% de personas con discapacidad contratadas, en empresas públicas y privadas, con más de 50 trabajadores. Sin embargo, esta medida acoge una amplia excepción: que por convenio colectivo o a voluntad del empresario se aplique medidas alternativas.
- El cupo mínimo del 7% en las ofertas de empleo público. De nuevo con una importante excepción: la imposibilidad de que los Servicios Públicos de Empleo

- o las agencias de colocación puedan atender la oferta de empleo después de haber efectuado las gestiones de intermediación necesarias.
- El cupo del 3% para acceso a centros educativos de educación superior o universitaria.
- La existencia de los Centros Especiales de Empleo y los Enclaves laborales.
- Bonificaciones a la Seguridad Social por contratación de personas con discapacidad.
- Bonificación del impuesto de sociedades, hasta el 100% a las personas con discapacidad que se establezcan por cuenta propia o creen sociedades.

No obstante, el estudio del Observatorio sobre discapacidad y mercado de trabajo en España (en adelante, ODISMET), ha puesto de relieve cómo el colectivo de mujeres con discapacidad sufre menos empleabilidad, hay menos y mayor desigualdad, junto con un alto índice de inactividad en las personas jóvenes.

CUADRO 7. EVOLUCIÓN DEL VOLUMEN DE CONTRATACIONES A PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y DEL ÍNDICE DE ROTACIÓN DE LA CONTRATACIÓN. 2006-2014



Fuente: ODISMET

El número de personas contratadas en 2015, según los últimos datos conseguidos del ODISMET, fue de 243.067 que supone el 1,31% de la contratación, de los cuales un 61% son varones. Con respecto a la edad, la población más favorecida son los mayores de 45 años.

En cuanto a su nivel de estudios, aquellas personas con formación básica (enseñanza obligatoria) suponen un 60,92% de la población con discapacidad, respecto a las personas que tienen un título universitario (18,66%) o las que han decidido estudiar un ciclo formativo (15,49%).

Las Conclusiones CEDS XX-1, España, art. 15.1, publicadas el 7 diciembre de 2012 (período 2007-2010), consideraron que España había avanzado significativamente en la aplicación de las medidas contra discriminación de personas con discapacidad, tras la ratificación de instrumentos internacionales, no apreciando problemas de discriminación con respecto a la educación y a la capacitación; consideraba así necesario para seguir evaluando la situación recibir de España información más detallada sobre formación profesional y universitaria, y las cifras de personas que reciben dichas formaciones. Si bien es cierto lo afirmado por el

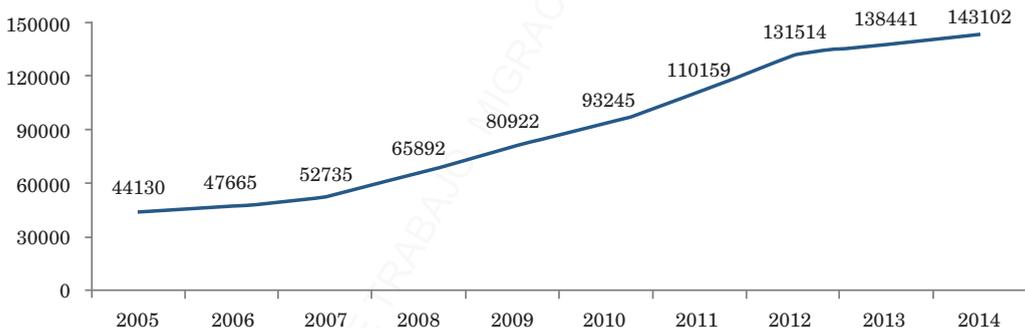
Comité, sorprende cuanto menos el bajo nivel de estudios superiores de la población con discapacidad que hemos podido localizar en los datos del Observatorio.

Pues bien, el siguiente informe del CEDS (Conclusiones XX-1, España, art. 15.1), de 9 de diciembre 2016 (2011-2014), junto a las bondades del sistema español, referente a datos que el país ha proporcionado efectivamente, insiste nuevamente en la carencia de datos suficientes para valorar el grado de accesibilidad a los estudios superiores, las tasas de abandono escolar y otras, como jurisprudencia interna, de las personas con discapacidad. Concluye en que, si España no envía esos datos, no podrán afirmar el cumplimiento del art. 15.1 de la Carta. Tendremos que esperar al siguiente, pero sí es cierto que tanto en el Tribunal Supremo como en el Tribunal Constitucional existen pocas

Sentencias hasta la fecha, salvo error u omisión, relacionadas con el empleo y las personas con discapacidad. Respecto al Tribunal Supremo, la STS 6801/2009, de 5 octubre 2009, tiene por objeto la impugnación de concurso público por no incluir la reserva de plazas para personas con discapacidad; y SSTC 62/2008 de 26 de mayo y de 3/2007, de 15 enero, sobre despidos considerados discriminatorios en el ámbito laboral. Eso, excluyendo la última jurisprudencia con respecto a la equiparación o no de la enfermedad y la discapacidad.

Si seguimos con los datos, en el 2015 se registró una cifra de discapacitados parados en el Servicio Público de Empleo de unas 144.399 personas, que representan alrededor de un 3,53% de personas demandantes de empleo, siendo las cifras más favorables que en años anteriores.

CUADRO 8. EVOLUCIÓN DEL NÚMERO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD PARADAS DEMANDANTES DE EMPLEO. 2005-2014



Fuente: ODISMET.

El porcentaje de parados que procede del sector servicios es casi del 70% seguido de la industria con un 8,58%, construcción con el 7,03% y finalmente agricultura y pesca del 3,09%, en cambio el sector público tiene un índice de parados del 12,35%.

Además, los parados de larga duración son los que llevan más de 12 meses sin trabajar

son del 59,08%, también tengo que destacar que la mayoría de discapacitados quieren ocupar puestos donde se realizan tareas básicas y poca cualificación, estos puestos son personal de limpieza de oficinas, peones de industria y además son las que más se registran las contrataciones.

**CUADRO 9. CONTRATOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD
EN FUNCIÓN DE LA OCUPACIÓN. 2015**

	Número de contratos	% Tasa personas con discapacidad	% sobre el total de contratos a personas con discapacidad
Directores y gerentes			
Directores y gerentes de restaurantes	44	3,06	0,02
Directores y gerentes de empresas de actividades recreativas, culturales y deportivas	20	1,38	0,01
Directores y gerentes de bares, cafeterías y similares	13	1,73	0,01
Directores de servicios sociales para personas mayores	7	1,89	0,00
Técnicos y profesionales científicos e intelectuales			
Técnicos educadores de educación especial	359	3,12	0,15
Filólogos, intérpretes y traductores	187	1,44	0,08
Especialistas en políticas y servicios de personal y afines	147	2,54	0,06
Profesores de educación especial	68	1,63	0,03
Técnicos; profesionales de apoyo			
Técnicos en control de procesos n. c. o. p.	1.206	8,31	0,50
Supervisores de la construcción	333	2,46	0,14
Profesionales de apoyo al trabajo y a la educación social	298	1,81	0,12
Otros técnicos de las ciencias físicas, químicas, medioambientales y de las ingenierías	163	1,50	0,07
Empleados contables, administrativos y otros empleados de oficina			
Empleados de venta de apuestas	6.182	71,40	2,54
Teleoperadores	3.842	4,16	1,58
Empleados administrativos con tareas de atención al público n.c.o.e.	3.742	1,46	1,54
Empleados administrativos sin tareas de atención al público n.c.o.e.	3.743	1,86	1,54
Trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores			
Camareros asalariados	14.533	0,66	5,98
Conserjes de edificios	6.507	9,27	2,68
Auxiliares de vigilante de seguridad y similares no habilitados para ir armados	3.311	4,48	1,36
Trabajadores de los cuidados personales a domicilio	2.044	1,75	0,84

Fuente: ODISMET

Las Conclusiones CEDS XXI-1, España, art 15.2, de 9 de diciembre de 2016 (2011-2014) ponen de manifiesto el importante esfuerzo en medidas legislativas de nuestro país, y las mejoras de los datos de ocupación y disminución de desempleo de las personas con discapacidad, sin apreciar incumplimiento de la Carta; eso sí, vuelve a solicitar, como ya lo hiciera en el Informe de 2010 más información con respecto al necesario «ajuste razonable» y otros datos estadísticos.

Desde nuestro punto de vista, en esta materia el Comité es demasiado laxo con España, pues si bien es cierto que a nivel legislativo se ha mejorado considerablemente, basta con leer la prensa diaria, para encontrar cada dos días alguna noticia sobre las dificultades de las personas con discapacidad de acceso a una centro educativo o sanitario, al transporte público e, incluso, a sus empleos, junto con el incumplimiento manifiesto de las cuotas de reserva por parte de las empresas privadas, debido a la facilidad de excepcionar la aplicación de la Ley.

3. LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN ESPAÑA, LA ORIENTACIÓN Y FORMACIÓN PROFESIONAL

El art. 1.3 de la Carta Social Europea establece la obligación de los Estados de establecimiento o mantenimiento de servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. Este artículo se encuentra necesariamente vinculado a los arts. 9 y 10, de la propia Carta, con respecto a la adopción de las medidas necesarias para la formación profesional y la readaptación profesional y social de las personas con disminuciones físicas o mentales.

3.1. Sobre la eficiencia de los Servicios Públicos de Empleo

La política de empleo en España a la que ya hemos hecho referencia en epígrafes anteriores, estuvo regulada hasta el 2015 por la Ley

56/2003, de 16 diciembre, de Empleo. Puesto que ya se ha hecho referencia a un abundante número de políticas de empleo llevadas a cabo por España, en el presente epígrafe nos centraremos en el análisis del Servicio Público de Empleo Estatal (en adelante, SEPE) y las medidas más destacables en los últimos años. Antes de comenzar con las reformas provocadas por la crisis económica en dicho organismo, no está de más recordar, que es un organismo autónomo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Sus funciones básicas han sido y siguen siendo la ordenación, desarrollo y seguimiento de los programas y medidas de la política de empleo, fundamentalmente a través de: la intermediación laboral, las políticas activas de empleo (orientación y formación) y la coordinación de las políticas activas con la protección al desempleo. La descentralización de estos servicios públicos y la cesión de competencias a las Comunidades Autónomas en esta materia, ha provocado un panorama complejo de organismos públicos, que se reparten las funciones descritas.

Pues bien, con motivo de la masiva destrucción y precarización del empleo a partir de la crisis económica fueron muchas las reformas que se acometieron en el sistema público de empleo para mejorar su eficacia. Si bien, hemos tratado algunas de ellas desde el punto de vista estricto de la política de empleo, ahora nos centraremos en las más significativas en cuanto a las modificaciones operadas en la estructura del sistema.

En primer lugar, la Ley 35/2010, dedicó a este tema al menos, su art. 14, la Disposición Adicional sexta y la decimoséptima. Por un lado, legalizó las agencias de ocupación públicas o privadas, sin ánimo de lucro y con ánimo de lucro, novedad esta última reseñable. Por otra parte, establecía que cuando el empleo iniciara su recuperación, se incrementaría la vinculación entre las políticas activas de empleo y la protección al desempleo, una prescripción excesivamente imprecisa. Y, por último, el Gobierno se comprometía a reforzar tanto los Servicios de Empleo estatales como

los autonómicos, con mayor dotación de personal, medios tecnológicos y oficinas, incrementado así la coordinación y eficacia de los sistemas.

En este sentido, la Comisión observó en sus Conclusiones XX-1, España, art. 1.3, publicadas el 7 diciembre de 2012 (2007-2010) cómo los servicios gratuitos de empleo público a nivel estatal y local, estaban garantizados por la Ley, y cómo se habían autorizado las agencias de colocación con ánimo de lucro, lo cual no causaba una buena impresión, pudiendo crear ciertos riesgos. Por tanto, finalizaba manifestando que la situación en España no era conforme con el art.1.3 de la Carta, debido a que no se había establecido que los servicios gratuitos de colocación funcionaron de manera eficiente.

En segundo lugar, otra medida para paliar los efectos de la crisis vino de la mano del Real Decreto-Ley 3/2011, de 18 de febrero, en la parte II de su exposición de motivos manifestaba como uno de los objetivos fundamentales para afrontar la crisis «(...) situar a los servicios de empleo entre los mejores instrumentos para la gestión del capital humano en el nuevo modelo económico más equilibrado y productivo». Un objetivo muy loable, es cierto, que procuraba cambios, entre otros, en los siguientes aspectos de la Ley de Empleo:

- La dimensión local de la política de empleo, haciendo responsables a los Servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas de esa dimensión territorial del sistema nacional de empleo, incluyendo el diseño y establecimiento de actuaciones concretas para el desarrollo de las políticas de empleo y la gestión de la intermediación laboral; pudiendo elaborar (como de hecho se hizo) sus propios planes de empleo.
- El favorecimiento de la colaboración público-privada en la intermediación laboral y el desarrollo de las políticas activas de empleo.
- Coordinación de las actuaciones conjuntas de los Servicios Públicos de Em-

pleo en el desarrollo del Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo.

- La gestión de acciones y medidas financiadas con cargo a la reserva de crédito establecida en su presupuesto de gastos, fundamentalmente referidas a acciones y medidas que implicarán a más de una Comunidad Autónoma, por la movilidad de las personas incluidas en dichas acciones.
- La distinción entre la cartera de servicios para ciudadanos desempleados, en activo y empresas.

En tercer lugar, el Real Decreto 1542/2011, de 31 de octubre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Empleo 2012-2014, mejoraba el modelo de servicios, hacia un tratamiento cada vez más especializado e individualizado para los usuarios y la accesibilidad digital, a través de la modernización de los servicios públicos con la Administración electrónica.

En cuarto lugar, la Ley 3/2012, que tantos aspectos relativos al derecho del trabajo modificó, también se ocupó de los servicios públicos de empleo, partiendo en su exposición de motivos de cómo habían resultado insuficientes en la gestión de la colocación frente a las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, ETT). Esta afirmación provoca el cambio fundamental en las ETT, al autorizarlas a funcionar como agencias de colocación. Junto a esta medida, queremos destacar también el importante papel otorgado a los Servicios Públicos de empleo para el control y autorización de la formación (profesional o correspondiente certificado de profesionalidad) en los contratos de formación y aprendizaje ya vigentes (desde el 31 agosto 2011 hasta el 12 febrero de 2012).

En quinto lugar, queremos destacar las medidas dirigidas a uno de los colectivos más vulnerables en la crisis económica: los jóvenes. En el marco de las actuaciones de la Estrategia Europea 2020 y dentro del Programa Nacional de Reformas 2013-2014, se enmar-

can la Estrategia de Emprendimiento y Empleo joven 2013-2016 y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil.

Con respecto al primero, se plantea cuatro objetivos para luchar contra el desempleo juvenil (personas menores de 30 años), a saber: contribuir a mejorar la empleabilidad de los jóvenes; aumentar la calidad y la estabilidad del empleo joven; promover la igualdad de oportunidades; y, fomentar el espíritu emprendedor. Las medidas para el cumplimiento de estos grandes objetivos fueron desarrolladas por el Real Decreto-Ley 4/2013, y, revisadas en la Ley 11/2013, de 26 de julio³¹.

Relativo al segundo, se trata de una iniciativa dentro de la Estrategia española de activación para el empleo 2014-2016, que tiene su origen en una Recomendación del Consejo europeo de abril 2013 y va dirigida a jóvenes que no realizan un trabajo en el sistema formal pero que tampoco están dentro del sistema educativo; este programa se dotó para el periodo 2014-2020 con más de 2.000 millones de euros.

En sexto y último lugar, y de manera breve, no podemos olvidarnos de la Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, que se dedicaba de manera extensa no solo al establecimiento de garantías y desarrollo de los sistemas digitales de los Servicios de empleo (Portal Único), sino también a una mejora del desarrollo y gestión de los sistemas de empleo nacional y autonómicos.

Si todas estas medidas son eficaces e ineficaces ha sido analizado desde el punto de

vista actuarial³², reconociéndose que en general el impacto de la mayoría de los Servicios Públicos de Empleo no supera el 10% y no provoca una rápida salida de la situación de desempleo.

También el Comité Europeo de Derechos Sociales se ha pronunciado en general sobre cómo evaluar la eficacia de los servicios públicos de empleo en su informe anual de 2016³³; y, así ha puesto de relieve los indicadores de rendimiento que examina, tales como el número de vacantes notificadas a los servicios de empleo, el número de plazas realizadas por estos servicios, el tiempo promedio de llenado de vacantes y el de las vacantes respectivas cuotas de mercado de servicios públicos y privados. Según el citado informe, los motivos más comunes de inconformidad se refieren a la falta de medidas adoptadas por las autoridades públicas para mejorar el funcionamiento de los servicios de empleo (Georgia, Grecia, República Eslovaca, España) y la falta de información (Armenia, Azerbaiyán, Rumania o Ucrania).

De una manera más concreta nos referimos a las Conclusiones CEDS XXI de España, art.1.3, publicadas el 9 de diciembre 2016, relativas al periodo 2011-2014. Para analizar el cumplimiento de España de este precepto, considera el CEDS que la información requerida a España y enviada por el Gobierno no es suficiente para determinar el grado de efectividad de los servicios públicos de empleo; esto así, puesto que aunque constatan por la información el establecimiento de un Portal Único de Empleo como base de datos para el registro de solicitudes y ofertas de trabajo para todo el

³¹ Con respecto a las concretas medidas propuestas, incluso su desarrollo en las Comunidades Autónomas puede leerse, RODRÍGUEZ-SOLER, J.; VERD, J.M., «Políticas de empleo dirigidas a jóvenes», dentro de *Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014*. Bellaterra (Cerdanyola del Vallès): Dipòsit Digital de Documents, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015. <http://ddd.uab.cat/record/142923>

³² Nos referimos a GARCÍA PÉREZ, J.I., *Una primera evaluación del impacto sobre la salida del desempleo de las políticas activas ofrecidas por los servicios públicos de empleo en España*, Fedea Policy Papers – 2017/07. Merece la pena examinar cómo se pone de relieve la falta de eficacia de la gran mayoría de servicios ofrecidos por el Sistema público de empleo español, aunque el autor advierte siempre que los datos deben tomarse con cuidado y que es necesario continuar con el análisis.

³³ EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Activity Report 2016*, European Social Charter, Council of Europe, 2017, p. 35.

territorio nacional, se observa que en el mismo no se proporciona los indicadores de rendimiento de los servicios de empleo.

A su vez, el Comité hace referencia al informe de la Comisión Europea de 2015³⁴, donde se indica que el Portal Único de Empleo ha estado en funcionamiento desde julio de 2014, pero la notificación de vacantes no fue desarrollada desde la fase de puesta en marcha. Según dicho informe de la Comisión Europea se apreciaban mejoras en varios aspectos: por una parte, en cuanto a la cooperación de los servicios públicos con agencias de empleo privadas, en base a un Acuerdo marco adoptado por las Comunidades Autónomas en el año 2013, con un presupuesto de 30 millones de euros para el 2014, pagándose en función de las inversiones realizadas por las agencias privadas; por otra parte, con respecto a la simplificación operada por la Ley 18/2014, de 15 octubre, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficacia, con respecto a las normas que rigen las actividades de las agencias privadas, eliminando su restricción previa de acción en un área territorial.

Sin embargo, el mismo Informe de la Comisión Europea de 2015, según constataba el CSE también indica que la ineficiencia administrativa, como posible obstáculo a la cooperación público-privada y la ausencia de planes para evaluar el desempeño de las agencias privadas. Y, más aún, el Informe de 2015 reprochaba el progreso limitado realizado por España, con respecto a los problemas sociales, la lucha contra la segmentación del mercado de trabajo, las disparidades regionales y el fortalecimiento de los servicios públicos de empleo, que no han sido modernizados suficientemente –lo que, evidentemente, dificulta la aplicación de las políticas de empleo y que, además, tuvieron en el periodo 2011-2014 una importante reducción de personal, dificultán-

dose por tanto, la implementación de medidas de fomento del empleo.

Pero las Conclusiones del CEDS no se quedan ahí, sino que pasa también a analizar la Estrategia de Empleo Española 2014-2016 (aprobada en el último trimestre de 2013), como marco de referencia para todas las intervenciones de política en relación con el mercado laboral y servicios públicos de empleo. Su opinión sobre dicha Estrategia plurianual es positiva, constando cómo las medidas recogidas están destinadas a garantizar la eficacia de los servicios públicos, pero no puede sino considerar que es insuficiente su análisis en la actualidad, pues su impacto solo podrá comprobarse en los años posteriores al periodo de aplicación.

Atendiendo a las evaluaciones de la Comisión Europea, respecto a los informes enviados por España, el Comité solicitaba, para verificar la eficacia en la práctica de los servicios gratuitos de empleo en el próximo informe, otros datos, que no han sido enviados por nuestro país, tales como:

- El número total de solicitantes de empleo y personas desempleadas registradas en el Servicio Público de Empleo.
- El número de puestos vacantes notificados al Servicio Público de Empleo y el de personas colocadas por el mismo.
- La tasa de colocación en relación con el número de vacantes notificadas.
- El número de personas colocadas por el Servicio Público de Empleo como un porcentaje del número total de personas contratadas en el mercado laboral.
- El tiempo promedio requerido para que el Servicio Público complete una oferta.
- Las respectivas cuotas de mercado de los servicios públicos y privados, entendiendo por tales las colocaciones realizadas en relación con el número total de contrataciones en el mercado laboral.

³⁴ El Informe al que se refiere el Comité puede encontrarse en: http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/csr2015/cr2015_spain_en.pdf

- El personal del Servicio Público de Empleo, tanto a nivel central como local.
- El número de consejeros asignados a los servicios de colocación y la relación entre el número de personal de colocación y el número de solicitantes de empleo registrados.
- Información sobre la coordinación de los servicios de empleo a nivel central y local, dado que uno de los objetivos del Programa Nacional de Reformas 2012-2013 era mejorar la eficiencia de los servicios públicos responsables de la gestión de las políticas de empleo.
- E, información sobre la participación de los sindicatos y las organizaciones de empleadores en la organización y el funcionamiento de los servicios de empleo.

Como vemos, la petición de tantos datos, deja entrever que España no ha cumplido con sus obligaciones de información de manera suficiente, o por no tener los datos o –permítanme ser mal pensada– por no querer revelar el real estado de la cuestión.

Teniendo en cuenta toda la información al respecto, el CSE concluye que no hay cumplimiento por parte de España del art. 1.3 de la Carta, dado que las medidas que se llevaron a cabo no permitieron a los servicios públicos de empleo funcionar de manera efectiva y eficiente.

Desde nuestro punto de vista, nuestra política de empleo no ha sido ni es lo suficientemente efectiva a pesar de la multitud de cambios que se han sucedido en los años posteriores al reconocimiento de la crisis, siendo algunos de los principales problemas derivados de la estructura y distribución –dispersión– de las medidas adoptadas. En resumen podríamos hablar de (1) la inflexibilidad de los servicios públicos de empleo, por los propios programas que gestiona y por la falta de adecuación a las necesidades de la población desempleada; (2) la heterogeneidad y el difícil

acceso de los incentivos para el inicio de actividad o autoempleo; (3) la falta de adecuación de las medidas dirigidas a los desempleados jóvenes, incluyendo los programas de formación; (4) el débil efecto sobre la creación neta de empleo –y un efecto ambiguo sobre la calidad del mismo – de los incentivos a la contratación para las empresas.

Con respeto a la reestructuración de las políticas activas de empleo. Aunque es cierto que nuestra inversión medida en PIB es menor en políticas activas que en políticas pasivas, eso no significa que no destinemos una importante cifra (en 2013 el presupuesto ya ascendía a más de 3.000 millones de euros). El problema en mi opinión es triple: las medidas que se adoptan no son lo suficientemente útiles para el fin propuesto, no alcanzan a la mayor parte de la población necesitada y son excesivamente caras por no lograr su objetivo, coincidiendo con el Comité, pues no cumplimos, pese a las reiteradas condenas del mismo, con el art. 1.3 de la Carta Social.

3.2. Sobre la formación profesional

El art. 10 de la Carta Social Europea recoge con gran amplitud el derecho a la formación profesional, señalando cómo los Estados parte deben comprometerse; resumimos como sigue:

- Asegurar o favorecer la formación técnica y profesional de todas las personas y proporcionar medios para que el acceso a la enseñanza superior, técnica o universitaria se base exclusivamente en el criterio de aptitud individual (art.10.1).
- Asegurar o favorecer un sistema de aprendizaje y cualquier otro de formación de los jóvenes de ambos sexos en el empleo (art. 10.2).
- Asegurar o favorecer para los trabajadores adultos tanto servicios apropiados como fácilmente accesibles de

formación, y servicios especiales de reconversión, necesarios por el desarrollo de la técnica o por el cambio de las tendencias en el mercado de trabajo (art. 10.3).

- Fomentar la plena utilización de los servicios previstos a través de medidas como: la reducción o supresión del coste, la concesión de una asistencia financiera, la proporción de la formación, a petición de la empresa, dentro del tiempo de formación para el empleo, y a la garantía de la eficacia de los sistemas de aprendizaje y formación para los jóvenes, garantizándoles una adecuada protección (art. 10.4).

Al margen de nuestra previsión constitucional, el art. 4.2 TRET, con carácter general, recoge que el trabajador tiene derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, incluida la dirigida a la adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo, y al desarrollo de planes y acciones formativas «tendientes a favorecer su mayor empleabilidad». En este caso se trata de una de las modificaciones del ET-1995 operadas por, entre otras, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que introdujo por ejemplo en el artículo 23.3 ET-1995 el permiso retribuido de 20 horas de formación profesional para el empleo, formación vinculada a la actividad de la empresa, para trabajadores con, al menos, 1 año de antigüedad en la misma. Se trata de un permiso muy criticable no solo por su escasa duración que nos lleva a preguntarnos qué formación real y adaptada a la empresa puede realizarse en 20 horas, sino también por su posible acumulación año tras año, hasta un máximo de 5 años (un total de 100 horas de formación retribuidas), pues está limitando, en cierta medida, el derecho a la formación a contratos de trabajo cuya duración alcance este periodo.

Dada la amplitud del precepto, pasamos a considerar algunos de los aspectos más polémicos de la legislación española con respecto a este amplio derecho de formación.

En primer lugar, si bien es cierto que según datos de la OCDE de 2016 (Panorama de la Educación) las personas que alcanzan niveles educativos altos suelen tener una mayor participación social, unas tasas de empleo e ingresos relativos más elevados y hasta una mejor salud, también lo es que los precios de la enseñanza superior y de la enseñanza técnica se han incrementado desde el año 2008 de manera considerable. Por una parte, España entre 2005-2015 ha incrementado la población con estudios terciarios en un 6,6%, hasta alcanzar un porcentaje superior al 28%; aunque sin embargo, es llamativo el elevado porcentaje de población que no dispone de estudios secundarios (41,7%), tan sólo nos superan Malta y Portugal (con una tendencia a la baja desde el año 2008, a diferencia del caso español, en donde ha disminuido menos de 8 puntos para ese mismo periodo), como se pone de manifiesto en el *Índice de Justicia Social (IJS)* desde 2008. Por otra parte, según el Observatorio del Sistema Universitario, curso 2016/2017, la dispersión de precios entre las Comunidades Autónomas puede alcanzar hasta el triple en estudios idénticos, dificultando la igualdad de oportunidades y el acceso a la educación superior en función de donde hayas nacido; en este mismo sentido, el Informe «La Universidad Española en cifras 2015/2016», de la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (en adelante, CRUE) puso de manifiesto como España tiene uno de los precios públicos universitarios más altos de la Unión Europea, habiendo disminuido, a su vez, la financiación media por becario desde 2010 (según la OCDE en 2016, la inversión en becas que se hace en nuestro país está entre la mitad y un tercio del resto de países OCDE).

Con respecto las Conclusiones CEDS XXI-1, de España, art. 10.4, presentadas el 9 de diciembre 2016, abarcando el periodo 2011-2014, de manera más rápida que en otras ocasiones concluye, que ante la información enviada (evaluación de las políticas activas del

mercado de trabajo para mejorar la calidad de la formación para el empleo y la transición de las personas al mercado laboral a través de la formación, en base, al refuerzo, entre otros, de la Estrategia para el Emprendimiento y Empleo Juvenil para 2013-16) España cumple con el artículo reseñado; aunque, existe información que no ha sido enviada, y en caso de no enviarse en el próximo informe podría considerarse su no adecuación a la Carta.

Asimismo, es interesante cómo el Comité pone de relieve la incompreensión de algunos de los aspectos informados por España, pidiendo su aclaración para el futuro informe; en particular se refiere a la existencia o no de igualdad entre españoles y ciudadanos extranjeros fuera de la UE en materia de obtención de becas para la formación profesional en nuestro país. La duda se origina a raíz del art. 9 de la LO 4/2000, que establece que todos los extranjeros menores de 18 años y con independencia de su nacionalidad tendrán derecho a la solicitud de una beca en España para sus estudios en formación profesional; el Comité se pregunta, si es o no en igualdad de condiciones con respecto a los españoles o existe algún tipo de prioridad para los extranjeros de los Estados parte de la Carta. El Comité también solicita que cada informe brinde información actualizada sobre la disponibilidad y el monto de la asistencia financiera para la capacitación, incluida información sobre las tarifas y los préstamos para cubrirlos. El Comité sostiene que, si esta información no se proporciona en el próximo informe, no habrá nada que demuestre que la situación está en conformidad con la Carta.

Por otra parte, en las Conclusiones CEDS XXI de España, art. 10.1, sobre la promoción de la formación técnica y profesional; acceso a una educación superior técnica y universitaria, publicado el 7 de diciembre de 2012, referente al periodo 2007-2010. En su informe de conclusiones anterior, el CSE solicitó información a España sobre los resultados de las medidas adoptadas, en el marco de la evolución jurídica, para proporcionar y promover la formación profesional. El Informe enviado por España,

con respecto a lograr la igualdad de oportunidades para los estudiantes de cualquier tipo de educación secundaria, es valorado por el CSE positivamente; se refiere el Informe nacional a la modificación de la LO 6/2001 de Universidades, para garantizar la equivalencia necesaria entre los dos niveles de educación, al RD 1892/2008, de 14 noviembre 2008 o al RD 558/2010, entre otros. En este sentido, se destaca desde el Gobierno español que el Plan Estratégico de Formación Profesional, iniciado en 2010, hizo especial énfasis en la mejora de la calidad de la educación técnica, fomentando la innovación y desarrollando capacidades flexibles para facilitar el aprendizaje permanente, así como para aumentar la empleabilidad de estos graduados y para mejorar el atractivo de este tipo de educación; el CSE considera adecuados estos planteamientos.

El Comité considera que no le ha sido enviada la información requerida con respecto a la garantía de igualdad de trato para los nacionales de otros Estados parte, para acceder a la Educación Superior, por lo que posterga su conclusión sobre el grado de cumplimiento de este art. 10.1, pero da un tirón de orejas a España por incumplimiento de la obligación de informar adecuadamente, recogida en los compromisos de la Carta.

Y, efectivamente, así sucedió en el Informe de Conclusiones CEDS XX-1, España, de 9 diciembre de 2016 (2011-2014). Tras apreciar algunas de las medidas llevadas a cabo en el contexto de la formación en tiempos de crisis, reclama nuevamente a España la información no enviada, concluyendo el no cumplimiento del art.10.1 porque no se ha establecido un acceso igualitario a la formación para los miembros de los Estados parte de la Carta.

En segundo lugar, con respecto a un sistema de aprendizaje para ambos sexos, queremos hacer referencia al contrato de formación y aprendizaje recogido en el art. 11.2 TRET. Aunque no se trata de una medida nueva en nuestra legislación, ni mucho menos, en 2012 se acometieron una serie de modificaciones en el mismo, a través de su nueva normativa, el

Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual (modificado a su vez en 2013). Sin ánimo de ser exhaustiva, destacamos algunas:

- La edad. Podrá celebrarse con personas entre 16-25 años; la reforma añadió que podría realizarse con personas menores de 30 años, mientras la tasa de desempleo permanezca en España por encima del 15%. De esta manera, desnaturaliza, desde nuestro punto de vista, la finalidad de la formación dual, para convertirlo en un contrato de inserción para jóvenes.
- La formación. El actual contrato para la formación y el aprendizaje, caracterizado como su propio nombre indica, por promover la formación y el aprendizaje del trabajador contratado para un concreto puesto de trabajo, no debería bajo ese nombre dejar una parcela tan marginal a la formación como representa un 25% el primer año, y un 15% en el segundo y tercero. Esto supone, en una jornada laboral completa, un tiempo destinado a la formación de 2 horas diarias durante el primer año, y de 1 hora y 12 minutos durante los dos años siguientes.
- Duración. De manera previa a esta regulación, su duración máxima era 2 años, ampliables a 3 por convenio colectivo; en la actualidad, se establecen directamente 3 años como máximo.

Las Conclusiones CEDS XX-1, España, art. 10.2, de 9 de diciembre 2016 (2011-2014), son, sorprendentemente muy favorables a esta modalidad contractual. Entra el Comité a valorar todos los aspectos de la formación dual y la inserción laboral de sus participantes, considerándolos muy positivos y conformes a la Carta. Eso sí, destaca el Informe que España no había enviado ni el número total de aprendices, ni la división entre formación teórica y práctica, es por eso quizá que sus

conclusiones, desde nuestro punto de vista, son tan benévolas.

En tercer lugar, con respecto a la formación de trabajadores adultos nos remitimos a lo establecido en el primer párrafo sobre el art. 4.2 TRET, y en cuanto a la reconversión profesional, señalar que, en nuestra legislación solo está prevista en materia de despidos colectivos. Así el art. 56.10 TRET desarrollado por el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, recoge la obligación por parte de la empresa, en despidos de este tipo que afecten a más de 50 trabajadores, de ofrecer a los trabajadores despedidos un plan de recolocación externa y de medidas de acompañamiento (orientación y formación profesional), de un periodo mínimo de 6 meses.

En este sentido, traemos a colación la STS (sala de lo social) 26/9/2006 (Rec. núm. 165/2005, Ponente: D. Luis Gil Suárez), que analiza una situación en la que la empresa demandada anuncia un curso de formación, de carácter voluntario para los trabajadores, sobre el trato con el cliente de una duración aproximada de 16 horas; dicho curso coincidía con el tiempo de descanso de los trabajadores, a cuyo tenor, la empresa concedía un día de libranza posterior a los trabajadores, pero no dos, como alega la parte demandante. Es por ello que, entre otros argumentos legales, la demandante acude a la supuesta vulneración del art. 10.4 c) de la Carta. Frente a ello, el TS en Fundamento Derecho, Segundo, párrafo b), realiza la siguiente y tremenda afirmación: *«b).- Pero además no puede afirmarse que este art. 10.4 c) tenga fuerza vinculante en España. Este precepto se integra en la Parte II de la Carta Social Europea, la cual Parte II se inicia manifestando que ‘las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes’, que son los arts. 1 al 19, que componen dicha Parte II. La Parte III comienza en el art. 20, cuyo número 1 prescribe que ‘cada*

una de las Partes Contratantes se compromete: (...) b)– A considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19'. No incluye esta obligatoriedad al art. 10, de que tratamos, y por ello, en principio, no se le puede reconocer fuerza vinculante en España».

Al respecto, el CEDS también se pronunció en sus Conclusiones XX-1, España, art. 10.3 publicadas el 9 diciembre de 2016 (2011-2014), aplazando la decisión de conformidad con la Carta hasta que España enviara más documentación, relativa a los permisos de formación, pero fundamentalmente, con respecto a la recualificación de los trabajadores a la que dota de una especial importancia.

4. CONCLUSIONES DE CIERRE

Por mucho que los tribunales españoles sigan teniendo dudas, la Carta Social Europea posee el valor de un Tratado internacional, de acuerdo tanto al art. 2.1 de la Ley 25/2014, de 27 noviembre, de Tratados y Acuerdos internacionales, como al art. 2.1 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados de 23 de mayo 1969 (a la que España se adhirió el 2 mayo 1972, BOE 13 junio 1980). La misma Convención de Viena, en su art. 27 establece que los Estados no pueden invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado, salvo en los casos en que el consentimiento del Estado en obligarse en un Tratado haya sido manifestado contraviniendo las normas internas concernientes a la competencia para obligarse por normas internacionales de especial relevancia.

Sobre la imperatividad de la Carta Social Europea se han pronunciado los tribunales sociales en algunas de las sentencias ya mencionadas, relativas a nuestro tema, objeto de análisis; pero, también con respecto a otros artículos de la Carta se han pronunciado, por ejemplo, respecto al art. 12, encontramos las más recientes: la SSTSJ Cataluña (so-

cial, sección 1ª), de 23 enero 2018 (rec. núm. 6146/2017, Ponente: Felipe Soler Ferrer) y de 12 enero de 2018 (rec. núm. 6087/2017, Ponente: Lidia Castell Valldosera); o la STSJ Castilla y León (Valladolid, social), 11 de marzo 2015 (rec. núm. 261/2015, Ponente: Rafael Antonio López Parada).

En este sentido, el art. 29 de la Ley 25/2014 dispone que: «Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados». Pero, además, no debemos olvidar el canon interpretativo del art. 10.2 CE, que señala que los derechos y libertades fundamentales de la propia Constitución deberán ser interpretados conforme a la Declaración de Derechos Humanos y otros Tratados internacionales; siendo además los Tratados internacionales de aplicación directa, salvo que se desprenda otra cosa de sus textos, según el art. 30 de la Ley 25/2014.

Por otra parte, las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales poseen el valor de jurisprudencia para los Estados firmantes de la Carta Social, entre los que se encuentra España, como sí se han atrevido a pronunciarse en el orden contencioso-administrativo (SSTSJ Comunidad Valenciana de 12 noviembre de 2012 [rec. núm. 494/12] y de 8 marzo 2011 [rec. núm. 2256/2008], y también el Tribunal Supremo (sala III) en Sentencia 8 de marzo 2011 [rec. núm. 2256/2008]).

Teniendo en cuenta que la mayor parte de las conclusiones a este trabajo ya han sido puestas de manifiesto a lo largo del mismo, solo destacar en estas últimas líneas, que los incumplimientos de nuestro país con respecto a las materias de análisis ha sido y son continuas, tanto por parte del legislador como por parte del intérprete judicial e, incluso, constitucional. Asimismo, consideramos que, en algunos casos, las resoluciones del Comité han sido excesivamente benévolas y poco acertadas, en comparación con las realizadas en otros países, fundamentalmente en Grecia.

Por último, España no solo incumple los derechos contenidos en la Carta, sino que, además, no suministra al Comité Europeo de Derechos Humanos la información suficiente para su evaluación, quién sabe, si para eludir un conocimiento mayor de los flagrantes incumplimientos de este Tratado internacional, que es y debe seguir siendo, el mayor avance en derechos sociales de los y las trabajadoras.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CASAS BAAMONDE, M.E., «Distribución irregular de la jornada de trabajo, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar», *Revista Jurídica de la Universidad de León*, núm. 4, 2007.
- DE LA HELGUERA y GARCÍA, A., *Manual práctico de la producción de la riqueza*, Eumed, 2006.
- EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS, *Activity Report 2016*, European Social Charter, Council of Europe, 2017.
- EUROPEAN COMMISSION, *Employment and Social Developments in Europe 2015*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2016.
- Annual Report on EU Small and Medium sized Enterprises 2012. ECORYS, 2012.
- FELGUEROSO, F.; MILLÁN, A.; y TORRES, M., Población especialmente vulnerable ante el empleo en España. Cuantificación y caracterización, Fedea: Estudios sobre la Economía Española 2017/7.
- GARCÍA NINET, J.I., «La modificación sustancial del 41 ET: de 1980 a 2013. Una tortuosa historia o el precepto del creciente gran poder empresarial» dentro de GARCÍA NINET, J.I. (dtor.), BURRIEL RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P. (coord.), *El impacto de la gran crisis mundial sobre el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Su incidencia en España, Europa y Brasil. 2008-2014*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2014.
- GARCÍA PÉREZ, J.I., Una primera evaluación del impacto sobre la salida del desempleo de las políticas activas ofrecidas por los servicios públicos de empleo en España, Fedea Policy Papers – 2017/07.
- GRIMSHOW, D y RUPERY, J., The motherhood pay gap. A Review of the issues, theory and international evidence, Conditions of work and employment series n° 57, ILO, Ginebra, 2015.
- JIMENA QUESADA, L., «Las grandes líneas jurisprudenciales del Comité Europeo de Derechos sociales: tributo a Jean Michel-Belorgey», *Lex Social*, volumen 7, núm. 1, 2017.
- MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL. «Resumen últimos datos 2016». <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/resumenweb/RUD.pdf>
- ORDAZ SANZ, J.A; MELGAR HIRALDO, Mª C., «El Programa Nacional de Reformas de España: descripción y oportunidad para los métodos cuantitativos en el contexto de incertidumbre actual», *Revista de Métodos cuantitativos para la Economía y la Empresa*, n° 8, diciembre 2009.
- RODRÍGUEZ-SOLER, J.; VERD, J.M., «Políticas de empleo dirigidas a jóvenes», dentro de Diagnóstico socio-económico sobre las políticas de empleo en España, 2012-2014. Bellaterra (Cerdanyola del Vallès): Dipòsit Digital de Documents, Universitat Autònoma de Barcelona, 2015.
- SALCEDO BELTRÁN C., «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional». *Revista de Derecho Social*, 2013, n° 62.
- SÁNCHEZ MORALES, H., «Los trabajadores pobres y la precariedad vital», *Fundación Sistema*, 22 febrero 2018, <https://www.fundacionsistema.com/los-trabajadores-pobres-y-la-precariedad-vital/>

RESUMEN

La Carta Social Europea firmada en Turín el año 1961, firmada por España en su versión original en 1978 y ratificada en 1980. Respecto a los sucesivos Protocolos que se han ido adoptando, España los ha firmado todos, incluyendo la Carta Social Europea Revisada, si bien ésta última y el Protocolo de 1995, por el que se establecía un procedimiento de reclamaciones colectivas, todavía no han sido ratificados, y por tanto no vinculan a España. Al tratarse la Carta Social Europea de un tratado internacional firmado y ratificado por España, todos los derechos en ella contenidos sí vinculan a los poderes públicos estatales, por lo que, en el presente estudio, pretendemos analizar si España en la última década ha sido respetuosa con este Tratado internacional, en particular con los arts. 1, 9, 10, 15, 18 y 20, en materia de empleo, formación e igualdad de oportunidades.

El denominado Grupo 1 (arts. 1, 9, 10, 15, 18 de la Carta Social Europea y 1 del Protocolo de 1988) de este Tratado internacional contiene una serie de derechos sociales significativos para los ciudadanos y compromisos para los países firmantes.

En primer lugar, se destaca de manera significativa el derecho al trabajo, entendido no solo como libertad del ciudadano –nacional o de algún Estado firmante de la Carta– a escoger el trabajo o profesión al que se quiera dedicar, sino también el derecho a ganarse la vida con ese trabajo. A lo largo del estudio que aquí se presenta, se podrá comprobar que la libertad de las personas para trabajar no es tal en España, pues si se limitan a su vez derechos conexos para garantizar aquel, tales como la libertad de movimiento dentro y fuera del territorio nacional y de los restantes Estados firmantes de la Carta o se dificulta el reconocimiento de los títulos profesionales o académicos, se está obstaculizando el cumplimiento de un derecho reconocido en un Tratado internacional y vinculante para nuestro país. Asimismo, para que el ejercicio de la libertad y el derecho del trabajo sea una realidad y no papel mojado, es necesario que, con el trabajo, puedan, como señala la Carta Social Europea ganarse la vida; sin embargo, como se pondrá de manifiesto en el presente estudio, España se caracteriza por haber incrementado en los últimos 10 años, coincidentes con la crisis económica, el umbral de pobreza entre los trabajadores. No estamos hablando de personas que se encuentran fuera del sistema laboral, ni del sistema de protección social, estamos hablando de personas que realizan un trabajo remunerado: según las últimas estadísticas más del 10% de los trabajadores se sitúan en nuestro país por debajo del umbral de la pobreza, siendo el riesgo de pobreza de los trabajadores a tiempo parcial casi un 25% y, afectando, con mayor incidencia, a los jóvenes entre 16 y 24 años, las mujeres de familias monoparentales y, por supuesto, los inmigrantes. Datos preocupantes desde el punto de vista social y ético, pero también con respecto a la falta de iniciativa e impulso de nuestro Gobierno, no ya en cumplir con los compromisos internacionales, sino en la adopción de medidas reales, efectivas y específicas para paliar las graves consecuencias ocasionadas al margen de la actuación de los ciudadanos vulnerables.

En segundo lugar, no pueden pasarnos desapercibidas las denominadas medidas «anticrisis» que se llevaron a cabo entre 2010-2013, e incluso en 2014. Con la loable finalidad de evitar las peores consecuencias de la crisis económica y reducir, entre otras, la dualidad del mercado laboral, nuestro legislador (en dos periodos legislativos diferentes) a través de la dudosa técnica del real decreto legislativo comenzó a modificar (en plan *tsunami*, como señalan algunos colegas) nuestra legislación laboral básica. Fueron muchas las reformas llevadas a cabo, por lo que en el presente estudio nos referiremos solamente a algunas de las más polémicas, entre ellas: el incremento del poder empresarial en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo del trabajador; la modificación sustancial de condiciones de trabajo con menores garantías; el incremento de las bonificaciones sociales y fiscales para el autoempleo; el contrato indefinido de apoyo a emprendedores y

su perverso periodo de prueba de 1 año o la reducción drástica de la indemnización por despido improcedente.

En tercer lugar, aunque de manera breve por cuestión de espacio nos hemos referido a la igualdad de oportunidades en España, centrándonos en el examen de la situación española más reciente y su aproximación o no al art. 20 de la Carta Social. Este tema es especialmente preocupante pues la desigualdad en España se ha incrementado en los últimos años. Por una parte, a nivel global, la brecha de género en la generación de los *millennials* con respecto a las mujeres de la generación X se ha incrementado (según, entre otros, el Informe del Foro Económico Mundial de 2016), retrocediéndose casi 10 años en términos de paridad pese a los esfuerzos que desde instancias nacionales e internacionales se han realizado; en España según el último Barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas de mayo de 2017, la tendencia global de retroceso en términos de igualdad nos afecta sobremanera, pese a los avances que supuso la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres, Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo. Por otra parte, el colectivo de personas con discapacidad sigue teniendo dificultades de acceso, fundamentalmente, al empleo, y no se ha incrementado suficientemente el número de personas que acceden a estudios superiores.

En cuarto lugar y en este panorama de revisión de las medidas adoptadas pre y post crisis económica, ponemos el microscopio en los Servicios Públicos de Empleo, reformas operadas en la forma de funcionamiento, en los servicios y su eficacia o falta de ella.

En fin, todos estos temas se abordarán atendiendo a la evolución experimentada por España, tanto legislativa como jurisprudencial y al rechazo a la aplicación directa de la Carta Social, que aparentemente existe en nuestro país, por parte de los operadores jurídicos pese a que el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones vinculantes, para los países firmantes de la Carta haya declarado en continuas ocasiones la imperatividad de este Tratado.

Palabras clave: Empleo; formación; igualdad de oportunidades; Carta Social Europea; crisis.

ABSTRACT

The European Social Charter was signed in Turin in 1961 and Spain signed its original version in 1978 and ratified it in 1980. Regarding the successive Protocols that have been adopted, Spain has signed all of them, including the Revised European Social Charter, although the latter and the 1995 Protocol, which established a collective complaints procedure, have not been ratified yet, so they do not bind Spain. Due to the fact that the European Social Charter is an international treaty signed and ratified by Spain, all the rights contained therein are linked to the public powers, so, in the present study, we intend to analyse whether Spain has complied with this International Treaty in the last decade, in particular with articles 1, 9, 10, 15, 18 and 20, in terms of employment, training and equal opportunities.

The so-called «Group 1» (articles 1, 9, 10, 15, 18 of the European Social Charter and article 1 of the 1988 Protocol) of this International Treaty contains a series of significant social rights for citizens and commitments for the signatory countries.

First, and most importantly, is the right to work, not only as the freedom of citizens –national or from a signatory State of the Charter– to choose the work or profession which one wishes to devote to, but also the right to earn one's living with that job. Throughout this study, it will be possible to verify that the freedom of people to work is not such in Spain, because if related rights are simultaneously limited to guarantee jobs, such as the freedom of movement inside and outside the national territory and the other States that are signatories of the Charter or the recognition of professional or academic qualifications is hindered, the compliance of a right recognized in an international and binding Treaty for our country is being impeded. Likewise, so that the exercise of freedom and the right to work are a reality and not worthless, it is necessary that workers can earn their living with work, as the European Social Charter points out. However, as this study will show, Spain is characterized by having increased its poverty threshold among workers in the last 10 years, at the same time as the economic crisis. We are not talking about people who are outside the labour system, or the social protection system, we are talking about people who do paid work: according to recent statistics, more than 10% of workers in our country are below the poverty threshold, being the risk of poverty of part-time workers almost 25% and, affecting, with greater incidence, young people between 16 and 24 years old, women from single-parent families and, of course, immigrants. These data are worrisome from the social and ethical point of view, but also with regard to the lack of initiative and impulse of our Government, not only in complying with international commitments, but also in the adoption of real, effective and specific measures to alleviate the serious consequences caused outside the actions of vulnerable citizens.

Secondly, we cannot forget to mention the so-called «anti-crisis» measures that were carried out between 2010-2013 and even in 2014. With the laudable purpose of avoiding the worst consequences of the economic crisis and reducing, among others, the duality of the labour market, our legislators (in two different legislative periods) began to modify our basic labour legislation through the dubious technique of the Royal Legislative Decree (in a «tsunami» way, as some colleagues point out). A lot of reforms were carried out, so in the present study we will only refer to some of the most controversial; among them: the increase of corporate power in terms of irregular distribution of working hours for workers; the substantial modification of working conditions with fewer guarantees; the increase of social and fiscal bonuses for self-employment; the indefinite term contract to support entrepreneurs and their perverse trial period of 1 year or the drastic reduction of compensation for unfair dismissal.

Thirdly, although briefly, due to space issues, we have referred to equal opportunities in Spain, focusing on the analysis of the most recent Spanish situation and its closeness or not to article 20 of the Social Charter. This issue is particularly worrisome because inequality in Spain has increased in recent years. On the one hand, globally speaking, the gender gap in the generation of millennials with respect to women of the X generation

has increased (according to, among others, the Report of the World Economic Forum of 2016), going backwards almost 10 years in terms of parity despite the efforts made by national and international authorities; in Spain, according to the last poll (*Barometer*) of the Centre for Sociological Research (CIS) of May 2017, the global trend of regression in terms of equality affects us greatly, despite the advances made by the Organic Law of Effective Equality between women and men, Organic Law 3 / 2007, of 22 March. On the other hand, the group of people with disabilities continues to have access difficulties, mainly to employment, and the number of people who have access to higher education has not increased sufficiently.

Fourth, in this scenario of revision of the measures taken before and after the economic crisis, we focus on the Public Employment Services, reforms carried out in the way they operate, their services and their effectiveness or lack of it.

Finally, all these issues will be addressed in response to the legislative and jurisprudential evolution experienced by Spain, and to the rejection of the direct implementation of the Social Charter, which apparently exists in our country, by legal operators despite the fact that the European Committee of Social Rights in its binding Conclusions for the signatory countries of the Charter has declared the imperative nature of this Treaty on many occasions.

Keywords: Employment; training; equal opportunities; European Social Charter; crisis.

Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España*

Recognition and enforcement of foreign judgements in matters of individual contracts of employment in Spain

GUILLERMO PALAO MORENO**

1. INTRODUCCIÓN

1. Fenómenos, de sobra conocidos y ampliamente estudiados, como la movilidad internacional de las empresas y de los trabajadores (estos últimos, «en» y «por» el empleo)¹, hacen que las relaciones individuales de trabajo cuenten con gran frecuencia con un carácter transfronterizo. Una realidad que ha exigido de los ordenamientos jurídicos una constante adaptación, con el objetivo de tutelar de manera adecuada los intereses legales de los trabajadores en situaciones pluri-localizadas, cada día más frecuentes y complejas. Y ello, en un marco laboral altamente fragmentado, donde los niveles de protección de los empleados varían de Estado a Estado. Así las cosas, lejos

de alcanzarse una uniformidad sustantiva de origen internacional en la materia (ni tan siquiera desde una perspectiva regional), ha tenido que ser el Derecho Internacional privado el encargado de procurar la tutela de estas personas, con las limitaciones y las dificultades que ello conlleva².

Las particularidades de las relaciones laborales internacionales y la necesidad de que los trabajadores reciban una adecuada protección en tales supuestos, afectan a los tres sectores clásicos del Derecho Internacional privado. A saber, la determinación de los tribunales internacionalmente competentes, la concreción de la ley aplicable a la relación, así como el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en la materia. A su vez, estas cuestiones son susceptibles de plantearse al respecto de las diversas cuestiones que importan a la relación laboral. Tal y como son, la ordenación del contrato individual de trabajo, la negociación colectiva o el régimen de Seguridad Social aplicable.

* El siguiente Estudio del profesor Guillermo PALAO MORENO se publicó en el nº 132 de la Revista (pp. 111-128) con graves errores de transcripción, no imputables al autor. Seguidamente se publica íntegramente tal como fue redactado por su autor para la inserción en dicho nº 132.

** Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de València. E-mail: Guillermo.palao@uv.es

¹ En este ámbito destaca el estudio clásico de SASSEN, S., *La movilidad del trabajo y del capital. Un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993. También, ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.

² Al respecto, y en relación con el ámbito de la Unión Europea, destaca el completo estudio de GRUSIC, U., *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

2. Sin embargo, el presente estudio se centrará únicamente en el sector del reconocimiento y ejecución, y al respecto de la contratación individual de trabajo. Sin lugar a dudas, el resto de sectores y cuestiones excluidas de este estudio posee tanta importancia como la que ha sido seleccionada para acometer el presente análisis –algunas de ellas incluso se encuentra en un momento de especial actualidad³–. Aunque también es cierto que un análisis del resto de materias exigiría un tratamiento que desbordaría los objetivos del presente artículo, además de que estos aspectos van a ser tratados en otros trabajos que igualmente se encuentran este número monográfico.

Así las cosas, lejos de desconocer la importancia de los otros sectores y temas mencionados, la casi total carencia de estudios sobre la cuestión seleccionada⁴ y la posibilidad de que tales problemas se susciten en la práctica⁵, aconsejan el tratamiento de los problemas que suscita el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y centrarlo en las relaciones individuales de trabajo. De este modo, hay que tener presente que las situaciones en las que se produce una movilidad internacional de los trabajadores son susceptibles de incrementar las situaciones en las que el trabajador (o incluso el empresario, aunque en

menor medida) presente su reclamación ante unos concretos tribunales estatales (como podrían ser los del lugar habitual del trabajo), para más tarde solicitar el reconocimiento y ejecución de la eventual sentencia condenatoria ante la autoridad judicial de otro país (como podría ser aquel donde se encontrara domiciliado el empresario). En consecuencia, y en tales situaciones, no sólo el tribunal que hubiera dictado la resolución no se ocuparía de su posterior ejecución, sino que incluso se trataría de dotar de eficacia a resoluciones emitidas por órganos situados fuera de sus fronteras –por medio de su reconocimiento y posterior ejecución–.

3. Delimitado el objeto de este artículo, en sus líneas generales, resulta igualmente conveniente subrayar que la finalidad del mismo residirá, principal y singularmente, en exponer el régimen actualmente aplicable en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, así como comprobar si el mismo se encuentra correctamente dotado, para poder garantizar la tutela del trabajador en situaciones transfronterizas. Y ello, de conformidad con el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo y, en consecuencia, del objetivo protector que ha de orientar a nuestro ordenamiento cuando entre en juego el Derecho Internacional privado.

En este sentido, trazadas las líneas básicas del sistema, se persigue apreciar el alcance del favor *laboratoris* al respecto del reconocimiento y ejecución de resoluciones, tal y como se advierte al respecto de los otros dos sectores propios del Derecho Internacional privado y cómo orienta este objetivo material la labor del legislador –español y europeo–, donde se aprecia de forma evidente el peso del proceso de «materialización» del sistema de Derecho Internacional privado –esto es, la dimensión jurisdiccional y la conflictual aplicable a la contratación laboral de naturaleza individual–⁶.

³ Así, en materia de Seguridad Social, destaca el interés que suscita para la Unión Europea en la actualidad, donde se está llevando a cabo una modernización de la normativa europea en este ámbito. Así, LHERNOULD, J.P., «The Commission's proposal amending social security coordination regulations: how to combine Union citizens' rights and social security institutions' needs?», *ERA Forum* (2017) 18, pp. 155-164.

⁴ Este extremo resulta especialmente llamativo, dado que la gran mayoría de estudios consagrados a los contratos de trabajo internacionales se ocupan tradicionalmente de los sectores de la competencia judicial internacional o de la ley aplicable, ignorando los problemas que suscita la circulación internacional de sentencias en la materia. No obstante, dentro de este páramo doctrinal cabe destacar el meritorio y reciente estudio de GRUSIC, I., «Recognition and enforcement of judgements in EU Private International Law», *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, 3, 521-544.

⁵ Una práctica que, sin embargo, destaca por su marginalidad.

⁶ Así, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit in-

En consecuencia, con este artículo no se pretende, empero, analizar con detalle el juego de las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, en relación con estos supuestos –al exceder, en mucho, de las dimensiones que aconsejan un estudio de las características como el presente, sino de exponerlas y analizar el impacto que en ellas tiene el principio tuitivo, al respecto de las peculiaridades propias de las relaciones individuales de trabajo.

2. FUENTES REGULADORAS

4. El sistema español de Derecho Internacional privado actual cuenta con un complejo entramado normativo aplicable a la cuestión objeto de análisis, que cubre los tres niveles tradicionales de ordenación de las situaciones privadas internacionales: europeo o institucional, convencional y estatal o autónomo⁷. La aplicación de uno u otro instrumento por parte de la autoridad judicial española dependerá, principalmente, del origen estatal de la sentencia en cuestión. Es decir, de su procedencia geográfica. Por lo que este dato tendrá que ser tenido en consideración, así como el hecho de que el texto normativo aplicable en cuestión, contemple la materia de los contratos individuales de trabajo dentro de su ámbito de aplicación.

ternational privé», *R. des C.* 2000 (287), pp. 9-426, pp. 373 y 386-387; ZABALO ESCUDERO, M.E., «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS*, Eurolex, Madrid, 2005, Vol. 2, pp. 1815-1835; VAQUERO LÓPEZ, C., «Globalización y materialización del Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones laborales», en: DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M. (Coord.), *Globalización y Comercio Internacional. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, BOE, Madrid, 2005, pp. 379-386.

⁷ Sobre esta cuestión, AMORES CONRADI, M., «Eficacia de las resoluciones extranjeras en España: Pluralidad de regímenes, unidad de soluciones». *Cursos de Derecho Internacional de Victoria-Gasteiz 1995*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 267 y ss.; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, Cizur Menor, 2007 (2ª ed.), pp. 550-555.

La selección del instrumento que resulte aplicable para cada caso, no debería suscitar especiales dificultades en la práctica. De este modo, las distintas disposiciones guardan una posición jerárquica entre ellas, donde la que la normativa europea mantiene una aplicabilidad prioritaria, seguida por los instrumentos de origen internacional (ya sean estos multilaterales o bilaterales), quedando las soluciones estatales o internas como sistema supletorio del sistema. En esta línea, será esta la estructura expositiva que se seguirá en el próximo apartado, a efectos clarificadores.

3. SOLUCIONES PRESENTES EN LA NORMATIVA EUROPEA

5. La Unión Europea persigue, dentro de su objetivo general de consolidar el mercado interior y de modo estrechamente vinculado a su política sobre Libertad, Seguridad y Justicia, generar un espacio de justicia común en materia civil⁸, donde posee una singular importancia dar cumplimiento de forma paulatina al «principio de reconocimiento mutuo» (vinculado al de «confianza mutua» en el interior de la Unión Europea) de aquellas resoluciones judiciales que provengan de otro Estado miembro. Este propósito último, que ha sido denominado de forma gráfica como la

⁸ Cuya base jurídica se sitúa en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, donde se especifica en sus numerales 1 y 2, a) que:

«1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución».

«quinta libertad comunitaria»⁹, que comporta una paulatina eliminación o supresión del *exequatur*, forma parte del ADN de toda la codificación del Derecho Internacional privado de origen europeo desde su inicio –hace ya casi 50 años, con la elaboración del primigenio Convenio de Bruselas de 1968¹⁰– y se ha ido manifestando y desarrollando con posterioridad de instrumento a instrumento¹¹.

Ahora bien, resulta oportuno subrayar que la referencia genérica a los asuntos civiles –o a la materia «civil y mercantil», como se destaca en algunos de los instrumentos mediante los que se despliega esta política–, no debería ocasionar confusión alguna, por lo que afecta a este estudio. Y ello, dado que varios de los textos que mencionaremos seguidamente incorporan, dentro de esta amplia noción, también a los contratos individuales de trabajo, operando para los mismos con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional concernido. Por lo que, en definitiva, resultan plenamente aplicables a los supuestos en los que se solicite el reconocimiento y la ejecución de una sentencia proveniente de un Estado Parte del instrumento europeo en cuestión, cuando afectan a un litigio relativo a un contrato individual de trabajo.

6. De entre estos instrumentos de origen en la Unión Europea, por lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencias, destaca el más general Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la

⁹ Término acuñado, en la doctrina española, por los profesores IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M., «La quinta libertad comunitaria: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea», en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p. 711 y ss.

¹⁰ Versión «codificada» en DO C 27, de 26 de enero de 1998. España ratificó el Convenio de adhesión de España y Portugal hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989, BOE núm. 24, de 28 de enero de 1991, corrección de errores en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991.

¹¹ Vid. http://ec.europa.eu/justice/civil/index_en.htm (consultado, el 15 de octubre de 2017).

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (también conocido como el «Reglamento Bruselas I bis» o «Bruselas I refundición»)¹². Aunque, junto al mismo, también habría que tener en cuenta lo establecido en otros, más especializados, como serían el Reglamento (UE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados¹³, el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo¹⁴, o incluso el Reglamento (CE) núm. 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía¹⁵.

¹² DO L 351, de 20 de diciembre de 2012. Este significativo Reglamento resulta plenamente aplicable desde el 10 de enero de 2105, ex Art. 81. Este instrumento es el resultado de la modificación del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –conocido como «Reglamento Bruselas I» y que, a su vez, fue el resultado de la «europeización» del inicial Convenio de Bruselas de 1968, antes citado– (DO L 12, de 16 de enero de 2001).

¹³ DO L 143, de 30 de abril 2004. Hay que tener presente también, el Reglamento (CE) núm. 1869/2005 de la Comisión de 16 de noviembre de 2005 por el que se sustituyen los anexos del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 300, de 17 de noviembre de 2005). Este instrumento ha sido analizado ampliamente por nuestra doctrina, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2005; GASCÓN INCHAUSTI, F., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005; SENÉS MOTILLA, C., «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *La Ley*, 2005-4, p. 1783 y ss.

¹⁴ DO L 399, de 30 de diciembre de 2006. También el Reglamento Delegado (UE) núm. 2017/1260 de la Comisión, de 19 de junio de 2017, por el que se sustituye el anexo I del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un proceso monitorio europeo. DO L 182 de 13 de julio de 2017. Sobre el mismo, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, pp. 753-756.

¹⁵ DO L 199, de 31 de julio 2007. Téngase en cuenta el Reglamento Delegado (UE) núm. 2017/1259 de la Comisión, de 19 de junio de 2017, por el que se sustituyen los anexos I, II, III y IV del Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo

Sin embargo, del listado inicialmente ofrecido habría que eliminar el Reglamento (CE) núm. 861/2007. En este sentido, y a diferencia de los otros tres –los cuales o bien incluyen o bien no excluyen en su delimitación del ámbito de aplicación material los contratos individuales de trabajo¹⁶–, el relativo al proceso europeo de escasa cuantía excluye de forma clara y expresa estos supuestos de su ámbito de aplicación material¹⁷. Pues bien, a efectos expositivos se diferenciará a continuación, entre el más general Reglamento Bruselas I bis y los otros dos más específicos, comenzando por el de Bruselas, por su mayor relevancia y por abarcar este tipo de litigios de forma expresa. En todo caso, no hay que perder de vista la aplicación opcional de tales instrumentos –al respecto del más general¹⁸–, dejando en manos del demandante la decisión de acudir a uno u otro instrumento, según sea su parecer e intereses.

3.1. El Reglamento Bruselas I bis

7. Como se ha expuesto con anterioridad, el Reglamento Bruselas I bis ocupa un lugar privilegiado en la infraestructura que soporta el actual espacio de justicia europea en materia civil, siendo este significativo instrumento el resultado de una evolución política, jurisprudencial y doctrinal que ha ocupado más de treinta años de historia europea. De este modo, este importante instrumento, plenamente aplicable al reconocimiento y la ejecución de sentencias en España proveniente de otro Estado Parte¹⁹ –aplicable en materia de

y del Consejo por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía. DO L 182 de 13 de julio de 2017.

¹⁶ De este modo, mientras la inclusión de estos litigios se deriva de lo dispuesto en los Arts. 1 y 20 a 23 del Reglamento Bruselas I bis, los otros dos no excluyen su juego para este tipo de litigios en su Art. 2, en ambos casos –presumiéndose a contrario su aplicabilidad *in casu*–. GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», *op.cit.*, p. 537.

¹⁷ Así, su Art. 2.2, f).

¹⁸ Tal y como se refleja de forma evidente, por ejemplo, en el Art. 27 del Reglamento núm. 805/2004.

¹⁹ Todos los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca, como nos recuerda su Considerando 41.

litigios sobre contratos individuales de trabajo–, se encuentra basado en la idea de alcanzar la supresión del *exequatur* en el seno de la Unión Europea²⁰, desarrollándose el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias en su Capítulo III, Arts. 36 a 60²¹.

De forma resumida, el sistema que establece el Reglamento Bruselas I bis se basa en procurar la eliminación de la exigencia de obtener el *exequatur* en el Estado requerido, cuando la sentencia fuera dictada por un tribunal de un Estado Parte, en aquellos supuestos que se sitúen dentro del ámbito de aplicación del instrumento. En este sentido, mientras el procedimiento del reconocimiento se contempla en los Arts. 36 a 38, la ejecución se recoge en los Arts. 39 a 44, mientras que la denegación se regula (para ambas situaciones) en los Arts. 45 a 51 del instrumento europeo.

8. Así las cosas, el Art. 36.1 parte de la idea de que las resoluciones judiciales emitidas en un Estado miembro serán reconocidas automáticamente, sin necesidad de que se deba acudir a ningún procedimiento en el Estado miembro de destino. Junto a ello, el Art. 39 contempla que aquellas resoluciones que resultasen ejecutables en el Estado miembro de origen, resultarán igualmente ejecutables en el de destino sin precisar de declaración

²⁰ Sobre esta cuestión, entre otros, AZCÁRAGA MONZONÍS, C., «El Reglamento Bruselas I como hito en el proceso armonizador del Derecho internacional privado europeo: balance y revisión, con especial atención a la eliminación del *exequatur*», en: ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 163-188, pp. 173-185.

²¹ *Vid.* MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2015, pp. 813-989. Entre nosotros, BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GULLÉN, M.L., MONTERO MURIEL, F.J. (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, PÉREZ LLORCA, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 723-961; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

de ejecutabilidad alguna en dicho territorio. Una ejecutabilidad que, en razón del Art. 40, podrá dar lugar a la adopción de medidas cautelares en el Estado miembro de ejecución. Para ello, el Art. 37 se refiere a la documentación que la parte interesada deberá aportar para invocar una resolución en otro Estado miembro (esto es, una copia de la misma, el certificado previsto y, en su caso y de forma potestativa para el tribunal requerido, su traducción).

En términos similares se manifiesta el Art. 42, al respecto de la ejecución, o la resolución que ordene una medida provisional o cautelar. Por su parte, el Art. 41.1 establece que será el ordenamiento del Estado miembro de destino el aplicable al respecto del procedimiento de ejecución, recibiendo el mismo tratamiento que las resoluciones dictadas en dicho país y asimilándose a las mismas. En todo caso, el Art. 41.3 incorpora una previsión en virtud de la cual no se exigirá que la parte solicitante tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido, ni que tenga la obligación un representante autorizado en dicho Estado, a menos que la misma se imponga con independencia de la nacionalidad o domicilio de las partes.

Sin embargo, la pretendida ejecutabilidad automática de la resolución judicial procedente de otro Estado miembro, no ha eliminado la posibilidad de controlar en el país de destino tanto el reconocimiento, como la ejecución de la resolución extranjera (en aquellos casos en los que la decisión fuera declarada ejecutiva en origen). De tal manera que la abolición del *exequatur* va acompañada de formas de control basadas en el mantenimiento de una cierta desconfianza. En esta línea, el texto prevé los mismos motivos de denegación tanto para el reconocimiento, como para la ejecución (Art. 45). Los motivos de denegación vienen a ser similares a los existentes en el régimen anterior (incluyendo, por lo tanto, la contrariedad manifiesta con el orden público del Estado miembro requerido, la rebeldía del demandado o su inconciabilidad). El órgano ante el que se ha de presentar la solicitud y se tramitará la petición de denegación será, en el caso de

España, el Juzgado de Primera Instancia (Art. 75, en relación con el 47)²².

A su vez, como subraya el Art. 43, se incorpora que el certificado de la resolución por la que se insta la ejecución deberá notificarse a la persona contra quien se hubiera instando la misma, pudiendo ésta solicitar (en su caso) una traducción si estuviera domiciliada en un Estado miembro distinto del de origen de la resolución; mientras tanto únicamente podría adoptarse medidas cautelares. Junto a ello, tal y como reza el Art. 44, si se solicitara la denegación de la ejecución, el órgano del Estado miembro requerido podrá (a instancia de parte), alternativamente, limitar el procedimiento de ejecución a la adopción de medidas cautelares, condicionar la ejecución a la constitución de garantías o suspenderlo total o parcialmente. Igualmente, se podrá solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución extranjera, si ésta hubiera perdido fuerza ejecutiva en origen. Igualmente, la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, podrá ser objeto de recurso ante la Audiencia Provincial y posteriormente ante el Tribunal Supremo en el caso de España (Art. 75, en relación con los 49 y 50)²³.

9. En línea de principio, el sistema descrito no suscita especialidad alguna al respecto de las sentencias relativas a un litigio en materia de contrato individual de trabajo. Claro está, a excepción de lo dispuesto en el Art. 45.1, e) al referirse a las casusas de denegación de reconocimiento. De esta manera, la literalidad de este precepto dispone:

«1. A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución:

(...)

e) en caso de conflicto de la resolución con lo dispuesto en:

²² Vid. https://e-justice.europa.eu/content_brussels_i_regulation_recast-350-es.do?member=1 (consultado el 15 de octubre de 2017).

²³ *Ibid.*

i) el capítulo II, secciones 3, 4 o 5, en el supuesto de que el demandado sea el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, o (...)»

Según esta significativa previsión, se podrá llegar a denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera, en aquellos supuestos en los que se hubieran contravenido las normas de competencia judicial internacional en materia de contrato individual de trabajo contenidos en el Capítulo II, sección 5, Arts. 20 a 23 del propio Reglamento Bruselas I bis²⁴. Con ello, se incorpora un control de la competencia judicial internacional del juez que dictó la sentencia, por parte del juez requerido, exigiendo el cumplimiento de los criterios de atribución previstos en los foros de protección que se establece en la sección 5, siendo ésta una auténtica novedad con respecto a los motivos que consagraba el Art. 34 del antecesor Reglamento (CE) núm. 44/2001 (el conocido como Reglamento Bruselas I). Sin embargo, este control no incluye la posibilidad de que el juez requerido pueda volver a examinar los hechos en los que se fundó la jurisdicción en origen, o admita nuevos hechos que tuvieron lugar una vez concluido el procedimiento en origen²⁵.

10. Resulta evidente que el objetivo que persigue la incorporación de este concreto motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de la sentencia extranjera no es otro que el de la protección de la parte débil del contrato (en nuestro caso, el trabajador)²⁶,

²⁴ Un análisis de estos preceptos en, ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., «Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment (Articles 20-23)», en: MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, op.cit., pp. 534 a 558.

²⁵ GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», op.cit., pp. 535-536.

²⁶ En este sentido, GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», op.cit., p. 534. Sobre las funciones que desempeña el control de la competencia judicial internacional del tribunal de

siendo éste el único sujeto que estaría legitimado para exigirlo (y no así el empresario)²⁷. Una tutela que se traduciría en que el juez de origen hubiera resultado internacionalmente competente en virtud de alguno de los foros establecidos en los Arts. 20 a 23 del Reglamento. Una mención expresa a la citada sección 5 que, a juicio de la doctrina, habría de ser interpretada de forma restrictiva²⁸. Por lo que, en consecuencia, no permitiría acudir al foro de protección del trabajador que contempla la Directiva 96/71/CE²⁹ y que se ha trasladado al sistema español de Derecho Internacional privado, a través de la Ley 45/1999³⁰. Por lo que, en línea de principio, dicha tutela europea en sede de reconocimiento y ejecución, se vería limitada en tales casos que quedarían excluidos.

Según lo dispuesto en la mencionada sección 5, y de forma resumida, se contempla que a partir de su Art. 21 el trabajador tendrá a sus disposición, para demandar al empleador —de forma alternativa—, los tribunales del país donde se encuentre domiciliado el empresario, aquellos del lugar donde o desde el cual preste habitualmente sus servicios o del último sitio donde hubiera desempeñado su trabajo o, si no fuera ese el caso, donde se situara el establecimiento de empleo. Mientras que el empresario podrá demandarle donde el trabajador

origen, en general, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., op.cit., pp. 606-608.

²⁷ GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», op.cit., p. 535.

²⁸ IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE», en: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 49-100, p. 90. En el mismo sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., op.cit., p. 196.

²⁹ Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO L 18, de 21 de enero de 1997).

³⁰ Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (BOE núm. 286, de 30 de noviembre de 1999). Vid. PALAO MORENO, G., «La Ley 45/1999 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 2000, núm. 208, pp. 43-62.

estuviera domiciliado. Y ello, como recuerda el Art. 20, sin perjuicio de los foros establecidos en los Arts. 6 (supuestos de demandados no domiciliados en un Estado Parte), 7.5 (litigios relativos a la explotación de sucursales) y 8.1 (foros de conexión procesal), así como sin verse afectada la posibilidad de presentar una reconvencción, según se ha previsto en el Art. 22.2. En todo caso, como reza el Art. 23, las partes podrán pactar unos determinados tribunales, siempre que el acuerdo se hubiera concluido con posterioridad al nacimiento del litigio y ofrezca al trabajador alternativas jurisdiccionales distintas a las expuestas.

11. Por todo ello, ha de ser bienvenida la incorporación de esta novedosa causa de denegación del reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera en el nuevo instrumento europeo que, en definitiva, implica una modificación destacable con respecto al silencio que guardaba el Reglamento Bruselas I (y más tarde el convenio «paralelo» de Lugano, en su versión de 2007) en esta misma materia –donde ese control se reservaba, al respecto de los contratos con parte débil, únicamente a los contratos de seguro y consumo³¹. Y ello, debido a que en la actualidad igualmente se permite la tutela de los trabajadores, también en relación con este sector del Derecho Internacional privado.

Una omisión que, a falta de una explicación razonable, encontró su razón de ser, a juicio de POCAR en su Informe al Convenio de Lugano de 2007, que en los supuestos que involucraban a un trabajo era este sujeto quien normalmente solicitaba el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, por lo que su incorporación podría perjudicarle y beneficiar al empresario en último término³². Sin embargo,

³¹ Como tampoco incluía esta causa de denegación el anterior Convenio de Bruselas de 1968, como recuerda la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 27 de abril de 2004, en el asunto C-159/02, *Gregory Paul Turner*, en su apartado 26 (ECLI:EU:C:2004:228).

³² POCAR, F., Informe explicativo. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en

esta exclusión de la protección del trabajador fue ampliamente criticada por la doctrina por su débil justificación, así como por su carácter excesivamente restrictivo y trato discriminatorio, al no permitir una protección perfectamente justificable para tales situaciones litigiosas –como sucedía con el resto de partes débiles del contrato mencionadas³³.

12. Por último, cabe señalar como con esta novedad se pone de manifiesto la estrecha interrelación que existe entre los distintos sectores del Derecho Internacional privado, al igual que la necesidad de que se coordinen estrechamente sus respuestas, cuando de lo que se trata es de conseguir objetivos de política legislativa concreta. Tal y como sucede, en este caso, con la tutela del trabajador en situaciones de naturaleza internacional. Un principio, el del *favor laboratoris*, que igualmente subyace en la conveniencia de que coincidan las soluciones propias del *forum* y *ius* en relación con los contratos individual de trabajo, tal y como prevé el legislador europeo al respecto de las respuestas contenidas en el Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento (CE) núm. 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales –conocido como Reglamento Roma I³⁴.

En este sentido, cabe subrayar que, al igual que se defiende la conveniencia de la coordinación de las reglas de competencia

Lugano el 30 de octubre de 2007», *DO* núm. C 319, de 23 de diciembre de 2009, p. 39. En el mismo sentido, en relación con el Reglamento Bruselas I, LAJOLO DI COSSANO, F., «La giurisprudenza della cort di giustizia delle Comunità Europee e il Regolamento 44/2001/CE: i contratti di lavoro subordinato», *Diritto del commercio internazionale* 2002, pp. 901-925, pp. 923-924.

³³ GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, París, 2010 (4ª ed.), p. 403; GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», *op.cit.*, p. 533; MANKOWSKI, P., «Article 45», en: MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, *op.cit.*, pp. 863-953, pp. 935-936; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op.cit.*, p. 612.

³⁴ *DO* núm. L 177, de 4 de julio 2008; corrección de errores en *DO* núm. L 309, de 24 de noviembre de 2009. *Vid.* PALAO MORENO, G., «Article 26. Individual employment contracts», en: MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 577-599.

judicial y las relativas a la determinación de la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo internacionales que se ha llevado a cabo en sede europea³⁵, resultaba lógico (e incluso necesario) que esta coherencia entre los distintos sectores del Derecho Internacional privado se trasladara igualmente a las relaciones entre las normas de jurisdicción internacional con las del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Sobre todo, en relación con una materia tan sensible y necesitada de una aproximación materializada, como la relativa a los contratos internacionales celebrados con trabajadores.

3.2. Otros instrumentos europeos aplicables

13. La existencia del Reglamento Bruselas I bis no elimina la posibilidad de que se pueda acudir a otros instrumentos europeos, para solicitar el reconocimiento y ejecución en España, de una sentencia en materia de contrato individual de trabajo proveniente de otro Estado Parte. En este sentido, y como se había indicado con anterioridad, el solicitante cuenta a su vez con dos instrumentos europeos cuya aplicación es opcional y alternativa a la del Reglamento Bruselas I bis, ampliando así las facultades del peticionario. Es decir, los Reglamentos (UE) núm. 805/2004 y 1896/2006, antes citados. Dos textos con los que el legislador europeo persigue garantizar la eficacia directa de las sentencias en relación con las disputas que entran en su ámbito de aplicación, siendo que en ninguno de los casos mencionados se han excluido los litigios en materia de contratos individuales de trabajo con carácter internacional.

14. En primer lugar, hay que hacer mención del Reglamento (UE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnado. Este instrumento cuenta con un campo de aplicación material prácticamente idéntico al Reglamento Bruselas I bis, cubriendo los litigios en materia de contrato individual de trabajo que no han sido excluidos de forma expresa³⁶. Con éste instrumento se persigue garantizar el principio de reconocimiento mutuo y la supresión del *exequatur* –aunque con mayores garantías con las que lo hace el otro–, siendo ambos textos independientes y opcionales para el solicitante.

En este sentido, y de forma resumida, el Reglamento citado se basa en la posibilidad de obtener una certificación de la sentencia sobre un crédito no impugnado en el propio país de origen donde se dictó la sentencia, una vez se hayan cumplido una serie de requisitos en dicho país emisor, que van desde comprobar que se trata de un crédito no impugnado como dispone su Art. 3, hasta que se han cumplido determinados requisitos establecidos en su Art. 6 y se desarrolla en los Arts. 12 a 19. Una certificación que adoptaría la forma de un Título Ejecutivo Europeo (denominado TEE), que permitiría su posterior ejecución directa (con supresión del *exequatur*) en el resto de Estados parte, sin que el juez requerido pudiera efectuar control alguno sobre el mismo (como dispone su Art. 5), salvo comprobar el cumplimiento de ciertas formalidades y contar con causas muy limitadas de denegación (al respecto, el proceso de ejecución se desarrolla en los Arts. 20 a 23)³⁷.

Un elemento esencial del sistema que ofrece el Reglamento (UE) núm. 805/2004, se refiere a la necesidad de que se cumplan en origen una serie de condiciones procesales mínimas

³⁵ Sobre esta cuestión, PALAO MORENO, G., «La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal», en: SALINAS MOLINA, F. (Dir.), *Derecho internacional privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 521-582, pp. 527-531.

³⁶ Al respecto, GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», *op.cit.*, p. 538.

³⁷ IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La quinta libertad en marcha», *op.cit.*, p. 70.

(al trasladarse los controles más estrictos al país de origen, en detrimento del de destino), entre las que se encuentra el propio control de los foros de competencia judicial internacional empleados por el juzgador. Una evaluación que se lleva a cabo en el propio país de emisión del TEE, de forma previa a su circulación internacional. Esta previsión cuenta con un evidente cariz tuitivo que se sitúa en el Art. 6.1 b) y que, sin embargo, no contempla la toma en consideración de los foros de protección disponibles para los trabajadores. Así, al concretar de forma expresa que «*la resolución no sea incompatible con las normas en materia de competencia establecidas en las secciones 3 y 6 del capítulo II del Reglamento (CE) núm. 44/2001*» (en la actualidad también secciones 3 y 6 del Reglamento Bruselas I bis), se excluyen aquellos foros previsto en su sección 5 (siendo actualmente la misma sección en el Reglamento de 2012).

La falta de mención de la necesidad de que el juez de origen deba comprobar que se habrían respetado los foros de protección en materia de contrato individual de trabajo al dictar la sentencia que contuviera un crédito no impugnado, lejos de carecer de importancia alguna, derivaría en una disminución de la protección del trabajador en tales situaciones y discrimina a este sujeto frente a otros contratantes tutelados³⁸. Además, choca frontalmente con lo previsto en el Reglamento Bruselas I bis (donde sí se prevé este control, de la competencia judicial indirecta), empeorando la situación del trabajador en sede de reconocimiento y ejecución de la resolución, cuando se acudiera al Reglamento del Título Ejecutivo Europeo; sobre todo, al excluirse totalmente el *exequatur* para este instrumento.

15. En segundo lugar, igualmente se debe hacer mención del Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo. Tam-

bién de forma breve, este Reglamento cuenta igualmente con un ámbito de aplicación casi idéntico al Reglamento Bruselas I bis –aplicándose a determinados litigios en materia de contrato individual de trabajo³⁹– y se ha establecido como un mecanismo complementario y opcional para el demandante. El instrumento se encuentra basado en el principio de reconocimiento mutuo y se ha elaborado con la finalidad de dotar de flexibilidad y de agilidad al cobro en supuestos transfronterizos (Art. 1), estableciendo un proceso monitorio de naturaleza europea destinado para el cobro de créditos pecuniarios, cuando estos contaran con un importe determinado, y estuvieran vencidos y fueran exigibles (Art. 4).

Así las cosas, el mencionado Reglamento persigue suprimir el *exequatur*, dentro de su ámbito de aplicación (como dispone de forma rotunda el Art. 19), por medio del establecimiento de este singular procedimiento, donde se contemplan con detalle extremos que van desde la solicitud hasta la ejecución, al igual que la exigencia del cumplimiento de normas mínimas comunes. También en este caso se contempla un control de la competencia judicial internacional de origen, en su Art. 6, aunque únicamente prevé una tutela específica en su apartado 2⁴⁰.

Por lo que, de nuevo y como sucedía con el Reglamento regulador del Título Ejecutivo europeo –antes expuesto–, nos encontramos ante un instrumento europeo que, cubriendo los litigios en materia laboral, tampoco el Reglamento que regula por el que se establece un proceso monitorio europeo prevé una tutela completa para el trabajador. Así, al igual que como acontecía en el supuesto anterior, esta omisión podría hundir sus raíces en el

³⁹ *Ibid.*, p. 540.

⁴⁰ En este apartado se establece que: «*No obstante, si el crédito se refiere a un contrato celebrado por una persona, el consumidor, para un fin que puede considerarse ajeno a su actividad profesional, y si el demandado es el consumidor, únicamente serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual esté domiciliado el demandado, según la definición del artículo 59 del Reglamento (CE) no 44/2001*».

³⁸ También, GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», *op.cit.*, p. 539.

momento de su elaboración y su paralelismo con el Reglamento Bruselas I, que tampoco contenía esa forma de para el trabajador⁴¹. No obstante, dicha imprevisión posee consecuencias prácticas que deberían ser tomadas en consideración, de cara a una revisión futura de ambos Reglamentos –que podría tomar como modelo lo previsto en el Reglamento Bruselas I bis–, para corregir esta falta de protección del trabajador⁴².

4. EL JUEGO DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES

16. Fuera del ámbito regional europeo y en ausencia de un Reglamento elaborado por la Unión Europea aplicable *in casu*, se habrá de acudir a las disposiciones convencionales de carácter general que, a su vez, prevean soluciones relativas al reconocimiento y ejecución de sentencias derivadas de un litigio internacional, que a su vez cubran litigios en materia de contrato individual de trabajo. Y ello, debido a la ausencia de instrumentos convencionales especializados que cubran este tipo de litigios en particular. Como en el caso anterior, lo realmente determinante para seleccionar el texto convencional finalmente aplicable en estos asuntos, será el origen estatal de la decisión judicial que se desea despliegue efectos en España (al operar tales Tratados únicamente *inter partes*), así como que el caso entre dentro de su ámbito de aplicación (principalmente, desde una perspectiva material).

Junto a ello, hay que tener presente que España se encuentra obligado por diversos convenios que, con un carácter más general, abarcan aquellos litigios relativos a este tipo de contratos, tanto de carácter multilateral como bilateral. Así, en caso de coincidencia o solapamiento, hay que tener presente que los instrumentos multilaterales normalmente prevén su aplicación prioritaria frente a los

bilaterales⁴³, al igual que hacen los Reglamentos europeos al respecto de tales convenios bilaterales⁴⁴. De ahí que, de forma previa a analizar los segundos, se presenten primero los convenios multilaterales que obligan a la actualidad a nuestro país.

4.1. Convenios multilaterales

17. Dentro de los convenios multilaterales aplicables en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, que a su vez cubran la materia que nos ocupa, sobresale el denominado Convenio «paralelo» de Lugano. Esto es, el Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁵. Diseñado para replicar las soluciones de los textos de la Unión Europea en sus relaciones con aquellos miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), el Convenio de Lugano de 2007 posee un cierto interés para este trabajo y resultará de aplicación supletoria a Reglamentos como el de Bruselas I de 2001 [como se deriva de lo dispuesto en su Art. 64.2 c)] y sustituye a los bilaterales firmados entre países signatarios (en atención a su Art. 65)⁴⁶. Por su parte, hay que tener presente que el posterior Reglamento de Bruselas I bis de 2012 dispone, en su Art.

⁴³ En este sentido, por ejemplo, los Arts. 65 y 66 y Anexo VII del Convenio de Lugano de 2007.

⁴⁴ Destaca, a este respecto, lo establecido en los Arts. 69 y 70 del Reglamento Bruselas I bis.

⁴⁵ *DO* L 339, de 21 de diciembre de 2007. Por su parte, hay que tener en cuenta las modificaciones de los Anexos del Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2017, publicadas en el *DO* L 57, de 3 de marzo 2017. Este convenio supone la actualización del anterior Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 16 de septiembre de 1988 (*BOE* de 20 de octubre de 1994; corrección de errores en *BOE* de 10 de enero de 1995).

⁴⁶ En nuestro caso, por tanto, carecerá de virtualidad en la actualidad, dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Lugano, el Tratado sobre Ejecución de Sentencias en Materia civil y comercial entre España y Suiza de 19 de noviembre de 1896 (*Gaceta de Madrid* núm. 190, de 9 de julio de 1898).

⁴¹ GRUSIC, I., «Recognition and enforcement...», *op.cit.*, p. 542.

⁴² *Ibid.*, p. 543.

73.1, que éste no afectará a la aplicación del convenio de Lugano.

Hoy por hoy, el Convenio de Lugano de 2007 resulta el único convenio multilateral pertinente para España, a los efectos del presente estudio. Y ello, dado que no cabría la aplicación, para los supuestos analizados, ni de otros Convenios de naturaleza multilateral que se ocupen del reconocimiento y la ejecución de sentencias y que cubren materias específicas (entre las que no se encontrarían los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo), ni el más general Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro⁴⁷. Así las cosas, y por lo que hace a este último convenio mencionado, dado que el mismo no se aplica a esta concreta cuestión, como nos recuerda su Art. 2.1, b), donde se excluyen los acuerdos de elección de foro «relativos a los contratos de trabajo, incluyendo los convenios colectivos»⁴⁸.

18. Sin ánimo de exhaustividad, el Convenio de Lugano de 2007 regula el reconocimiento y ejecución de sentencias en su Título III, desarrollado en sus Arts. 32 a 56. En su condición de Convenio «paralelo», su articulación sigue el modelo que, en su momento ofreció el Reglamento Bruselas I, guardando igualmente algunas similitudes con el posterior Reglamento de Bruselas I bis. En este sentido, este instrumento se encuentra basado en el objetivo de garantizar un reconocimiento automático de las sentencias extranjeras (Art. 33.1), diferenciando entre el reconocimiento y la ejecución (respectivamente, 33 a 37 y 38 a 52), siguiendo un procedimiento simplificado para el reconocimiento o la ejecución.

Por lo que respecta al procedimiento, la solicitud de reconocimiento o ejecución se debe-

rá presentar, en el caso español, ante los Juzgados de Primera Instancia (así, el Art. 39.1, en relación con el Anexo II), pudiendo presentarse recurso contra la decisión que emitiera, ante la Audiencia Provincial (Art. 43.3 y Anexo III) y posteriormente frente al Tribunal Supremo (Art. 44 y Anexo IV).

19. Los motivos de denegación incluidos en el Convenio de Lugano de 2007, se encuentran recogidos en los Arts. 34 y 35, donde prácticamente se replican las causales contenidas en el Reglamento de Bruselas I de 2001 (igualmente situados en sus Arts. 34 y 35). En este sentido y como se ha expuesto al analizar el Reglamento Bruselas I en este ámbito, el Art. 35.1, al referirse a la posibilidad de que el juez requerido efectúe un control de las normas de competencia judicial internacional empleadas por el juez de origen, no contempló que se tuvieran en cuenta las incluidas en la sección 5 – Competencia en materia de contratos individuales de trabajo–, por lo que tales supuestos quedan sin la protección adecuada en sede de reconocimiento y ejecución⁴⁹.

En esta línea, el momento en el que se elaboró el texto convencional y su alineamiento con la respuesta que aportaba el Reglamento Bruselas I, podría justificar esta omisión –al ser el único tipo contractual, celebrado con parte débil, que no se encuentra contemplado–, que además fue justificada por POCAR en su Informe Explicativo al Convenio –como ya se ha expuesto con anterioridad⁵⁰. No obstante, sería de esperar que, en una futura negociación del Convenio de Lugano de 2007, se alinee esta previsión con los avances incorporados en el Reglamento Bruselas I bis en este ámbito, por medio de la incorporación de esta causal protectora del trabajador.

⁴⁷ Este Convenio, firmado por la Comisión en nombre la Unión Europea, se encuentra publicado en el DO L 133, de 29 de mayo de 2009.

⁴⁸ PERTEGÁS SAMPER, M., «Nuevas Reglas Internacionales Sobre Las Cláusulas de Elección de Foro en Contratos Internacionales: El Convenio de La Haya y El Reglamento Bruselas I Bis», *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015, pp. 111-126.

⁴⁹ La literalidad del apartado 1 del Art. 35 es la siguiente: «Asimismo, no se reconocerán las resoluciones si se hubieren desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del título II, así como en el caso previsto en el artículo 68. También podrá denegarse el reconocimiento de las resoluciones en uno de los casos previstos en el artículo 64, apartado 3, o en el artículo 67, apartado 4».

⁵⁰ *Vid. infra* en el apartado 3.1.

4.2. Convenios bilaterales

20. Por último, cabe referirse al haz de convenios bilaterales que obligan a nuestro país e incorporan normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. A este respecto, hay que tener muy presente que el efecto de los Reglamentos europeos mencionados y del Convenio de Lugano al que se ha hecho referencia, va a reducir en gran medida la posibilidad de acudir a un instrumento bilateral en la práctica. Así las cosas, y a modo de ejemplo, en virtud de lo dispuesto en los Arts. 60, 70 y 76 del Reglamento Bruselas I bis, dejarán de tener virtualidad práctica alguna (por lo que respecta a los litigios que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento, como los analizados en el presente trabajo), los Tratados bilaterales en la materia celebrados entre los Estados parte.

Una circunstancia que afecta, en relación con nuestro país a en sus relaciones bilaterales en la materia analizada, con Francia⁵¹, Italia⁵², Alemania⁵³, Austria⁵⁴, Chequia y Es-

lovaquia⁵⁵ y Bulgaria⁵⁶ –al no poder acudir a los convenios bilaterales celebrados con tales países, al menos por lo que hace a los litigios que constituyen nuestro objeto de estudio–.

21. En consecuencia de lo expuesto, España se encontraría vinculado en la actualidad por aquellos textos bilaterales plenamente operativos, en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, que además cubran los litigios derivados de contratos individuales de trabajo. Pues bien, para empezar y a excepción de aquellos convenios cuya virtualidad es nula por efecto de los Reglamentos europeos y de los textos convencionales multilaterales antes citados, se encuentran plenamente vigentes los convenios bilaterales en materia de reconocimiento de ejecución celebrados con países como: Colombia⁵⁷, Uruguay⁵⁸, Brasil⁵⁹,

⁵¹ Convenio sobre Reconocimiento de Decisiones judiciales y arbitrales y Actos auténticos en Materia civil y mercantil entre España y Francia, de 28 de mayo de 1969 (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 1979).

⁵² Convenio sobre Asistencia judicial y Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia de 22 de mayo de 1973 (*BOE* núm. 273, de 15 de noviembre de 1977).

⁵³ Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones y Transacciones judiciales y Documentos públicos con Fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 14 de noviembre de 1983 (*BOE* núm. 230, de 24 de septiembre de 1992).

⁵⁴ Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones, Transacciones judiciales y Documentos públicos con Fuerza Ejecutiva en Materia civil y mercantil entre España y la República de Austria de 17 de febrero de 1984 (*BOE* núm. 270, de 29 de agosto de 1985).

⁵⁵ Convenio sobre Asistencia jurídica, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Asuntos civiles entre el Reino de España y la República Socialista de Checoslovaquia de 4 de mayo 1987, hoy aplicable a la República Checa y a Eslovaquia (*BOE* núm. 290, de 3 de diciembre de 1988; corrección de errores en *BOE* núm. 22, de 26 de enero de 1989).

⁵⁶ Convenio de Asistencia judicial en Materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria de 23 de mayo de 1993 (*BOE* núm. 155, de 30 de junio de 1994).

⁵⁷ Convenio sobre Ejecución de Sentencias civiles entre España y Colombia de 30 de mayo de 1908 (*Gaceta de Madrid* núm. 108, de 18 de abril de 1909).

⁵⁸ Convenio de Cooperación jurídica entre España y la República Oriental de Uruguay de 4 de noviembre de 1987 (*BOE* núm. 103, de 30 de abril de 1998).

⁵⁹ Convenio de Cooperación jurídica en Materia civil entre el Reino de España y el Gobierno de la República federativa de Brasil de 13 de Abril de 1989 (*BOE* núm.164, de 10 de julio de 1991; corrección de errores en *BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 1991).

México⁶⁰, Israel⁶¹, Rusia⁶², China⁶³, Marruecos⁶⁴, Mauritania⁶⁵, El Salvador⁶⁶, Túnez⁶⁷ y Argelia⁶⁸.

Ahora bien, cuando se desciende a su análisis, por lo que interesa al presente estudio, se advierte que su aproximación a la materia difiere sensiblemente. Así las cosas, de un lado, aunque algunos de ellos se refieren expresamente a la materia laboral, como incluida en las materias que cubre el convenio⁶⁹ o que excluye⁷⁰, la mayor parte de estos con-

venios –al delimitar su ámbito de aplicación en materia de reconocimiento y ejecución–, se refieren en términos generales a la «materia civil mercantil», sin referirse expresamente a los litigios relativos a los contratos individuales de trabajo, pero sin tampoco excluirlos expresamente⁷¹.

De este modo, en esta aproximación se aprecia que sigue el mismo modelo y casi idéntica redacción como la presente en los instrumentos europeos e incluso muy cercana a lo dispuesto en la posterior y más novedosa Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015 –que se analizará seguidamente–. Por lo que se podría estimar que perfectamente podría defenderse una interpretación extensiva de la «materia civil y mercantil» que contienen, permitiendo la aplicación de estos instrumentos a las situaciones analizadas.

22. No obstante, de otro lado, y por lo que hace a la eventual protección que tales instrumentos bilaterales dispensan al trabajador en sede de reconocimiento y ejecución, se observa que al establecer las normas de competencia judicial que han de seguir los jueces de cada país, los mismos no incorporan respuestas especializadas y, ni tan sólo normas que tutelen al trabajador en el plano jurisdiccional⁷². Por consiguiente, resulta criticable que en tales convenios bilaterales no se proyecte en ellos el objetivo tuitivo que debe perseguir el sistema de Derecho Internacional privado para todos sus sectores y en relación con tales casos.

⁶⁰ Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias judiciales y Laudos arbitrales en Materia civil y mercantil entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos de 17 de abril de 1989 (*BOE* núm. 85, de 9 de abril de 1991; correcciones de errores en *BOE* núms. 108, de 6 de mayo y 226, de 20 de septiembre de 1991).

⁶¹ Convenio para el Mutuo Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias en Materia civil y mercantil entre España e Israel de 30 de mayo de 1989 (*BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991; corrección de errores en *BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1991).

⁶² Convenio entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre Asistencia judicial en Materia civil de 26 de octubre de 1990 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

⁶³ Tratado entre el Reino de España y la República Popular China sobre Asistencia judicial en Materia civil y mercantil de 2 de mayo de 1992 (*BOE* núm. 26, de 31 de enero de 1994; corrección de errores en *BOE* núm. 60, de 11 de marzo de 1994).

⁶⁴ Convenio de Cooperación judicial en Materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997).

⁶⁵ Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, hecho el 12 de septiembre de 2006 (*BOE* núm. 267, de 8 de noviembre de 2006).

⁶⁶ Tratado entre el Reino de España y la República de El Salvador sobre Competencia judicial, Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia civil y mercantil de 7 de noviembre de 2000 (*BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 2001).

⁶⁷ Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre Asistencia judicial en materia civil y mercantil y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones judiciales de 24 de septiembre de 2001 (*BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2003).

⁶⁸ Convenio relativo a la Asistencia judicial en el Ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España de 24 de febrero de 2005 (*BOE* núm. 103, de 1 de mayo de 2006).

⁶⁹ En esta línea, los convenios con Brasil en su Art. 15 y con El Salvador en su Art. 4.

⁷⁰ Este es el caso, por ejemplo, del convenio con México en su Art. 3.2, g).

⁷¹ Así, los convenios con Argelia en su Art. 16, con China en su Art. 17, con El Salvador en su Art. 1, con Israel en su Art. 1, con Marruecos en su Art. 22, con Mauritania en su Art. 16, con Túnez en su Art. 15, con Uruguay en su Art. 1 y con Rusia en su Art. 17. No obstante, el caso de Colombia es singular, ya que se refiere únicamente a «*Las sentencias civiles pronunciadas por los Tribunales Comunes*», en su Art. 1.

⁷² En este sentido, los convenios con Argelia en su Art. 16, con Brasil en su Art. 17, con China en su Art. 21, con Israel en su Art. 3 (aunque sí que se refiera a los contratos celebrados con consumidores), con Marruecos en su Art. 23, de Mauritania en su Art. 17, con Túnez en su Art. 17, con Uruguay en su Art. 5 y con Rusia en su Art. 19.

El caso de El Salvador –único donde se cubren los sectores de la competencia judicial directa y del reconocimiento– es, sin embargo, particular, ya que en el mismo sí que se contempla tal protección al trabajador para las relaciones entre ambos países. Así, en su Art. 4.1 se contemplan foros especializados de protección del trabajador. Los cuales habrán de ser respetados por los jueces de ambos países y, en concreto, la posibilidad de que no hubieran sido respetados se sitúa entre las causas de denegación de reconocimiento expuestas en su Art. 11.5.

5. EL SISTEMA AUTÓNOMO SUPLETORIO

23. Llegados a este punto no cabe más apuntar que, en ausencia de un instrumento europeo o convencional aplicable (ya sea multilateral o bilateral), se habrá de acudir a lo previsto en el sistema autónomo español de Derecho Internacional privado existente para la materia. El cual contará con una naturaleza subsidiaria, y podrá resultar aplicable con cierta frecuencia, ya que jugará para todos los supuestos que no cuenten con la cobertura de un instrumento de origen europeo o internacional (que recordemos, juegan únicamente *inter partes*)⁷³. Pues bien, este sistema de fuente estatal se encuentra principalmente recogido en la actualidad en la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil⁷⁴. Una normativa con la que se ha venido a culminar un deseo del legislador español, manifestado al publicar la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de contar con un régimen actualizado para este estraté-

gico sector⁷⁵, que sustituyera el mantenido en los Arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881⁷⁶.

No obstante, este marco normativo se encuentra complementado con otras normas de gran significado que habrán de ser tenidas igualmente en cuenta. De este modo, no hay que perder de vista que esta normativa se verá complementada con otras disposiciones como son la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio 7, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial⁷⁷, e incluso la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Unas soluciones que, es importante subrayarlo, no sólo van a resultar de interés para el correcto juego de la Ley de 2015, sino que también importarán para la adecuada aplicación de los instrumentos europeos e internacionales, por efecto de las remisiones que en ellos se contienen.

24. La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015 contempla en su ámbito de aplicación material, a pesar de la literalidad de su título, la cobertura de la materia de los contratos individuales de trabajo –como establece claramente en su Art. 1.2-⁷⁸, refiriéndose a las cuestiones propias del reconocimiento y ejecución de sentencias en su Título V, desarrollándose a lo largo de 6 Capítulos, en los Arts. 41 a 61. De tal forma que este articulado constituye, en nuestros días, el marco normativo principal en el que hemos de manejarnos con relación a las cuestiones objeto del presente estudio.

⁷³ RODRÍGUEZ BENOT, A., «La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil», Cuadernos de Derecho Transnacional 2016, Vol. 8, Nº 1, pp. 234-259, p. 250 (en www.uc3m.es/cdt, visitado el 15 de octubre de 2017).

⁷⁴ BOE de 31 de julio de 2015. Vid. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P y PALAO MORENO, G (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2017; FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A (Coord.), *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

⁷⁵ Tal y como se contemplaba en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000.

⁷⁶ Como se ha realizado, igualmente, por medio de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 29/2015.

⁷⁷ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio 7, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio 7, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio de 2015).

⁷⁸ «Artículo 1. (...) 2. Esta ley se aplica en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito y los contratos de trabajo».

El sistema que establece la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015, moderniza y clarifica el sistema previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, a la vez que incorpora los avances que se habían experimentado en la jurisprudencia que había interpretado sus Arts. 951 a 958 (arrinconando definitivamente el sistema de reciprocidad), estando igualmente influenciado por los instrumentos europeos aplicables en la materia a los que antes nos hemos referido –aunque sin suprimir el *exequatur*–. Así, entre otros y sin ánimo de profundizar en la materia, la nueva normativa diferencia claramente entre el reconocimiento (Capítulo II) y la ejecución (Capítulo III), mientras que regula con detalle el procedimiento judicial de *exequatur* (Capítulo IV).

25. Expuesto de forma sumaria, el Art. 44 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, parte del principio de garantizar la «extensión» de aquellos efectos que tenían en origen a las sentencias extranjeras, siempre que cumplan con lo dispuesto en la Ley. La opción que realiza nuestro legislador por el «modelo de extensión» (como ya hiciera el europeo)⁷⁹, puede plantear cuestiones como la adaptación de una medida desconocida en nuestro país, otra que sí lo fuera (Art. 42). La solicitud de reconocimiento, que podrá presentarse a título principal o incidental, aunque ello no impedirá que pueda plantearse una nueva demanda en un procedimiento declarativo en España (Art. 45). El reconocimiento podrá denegarse a partir de las causas establecidas en el Art. 46, no siendo dispares a las analizadas hasta ahora en los instrumentos europeos y convencionales –i.e. contrariedad con el orden público, violación de los derechos de defensa, materias de competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales españolas requeridos o que no mantengan una conexión razonable con la jurisdicción de origen, o la inconciliabilidad de la resolución foránea con otra dictada con anterioridad en España, en otro

Estado que pudiera ser reconocida en España, así como por la pendencia de un litigio idéntico anterior en España–.

Una vez obtenido el *exequatur* –cuyo procedimiento se desarrolla en los Arts. 52 a 54–, el Art. 50 dispone que las sentencias extranjeras ejecutivas en origen lo serán igualmente en España. Por último, y como se prevé en tales preceptos, la resolución dictada por el competente Juzgado de Primera Instancia⁸⁰, podrá ser recurrida (siguiendo el modelo de los instrumentos provenientes de la Unión Europea), ante la Audiencia Provincial e incluso ante el Tribunal Supremo por infracción procesal o mediante el recurso de casación.

26. Como ya se ha puesto de manifiesto en apartados anteriores de este estudio, una cuestión de especial relevancia en la valoración del carácter protector del sistema que establece, se centra en las causas de denegación (en este caso, del reconocimiento) que se consagran en su Art. 46. En particular, la eventual previsión del control de la competencia judicial internacional del juez de origen, por parte del juez español requerido. Pues bien, esta cuestión se aborda en su numeral 1, apartado c) cuyo tenor literal es el siguiente:

«Artículo 46. Causas de denegación del reconocimiento.

1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán:

(...)

⁸⁰ Téngase en cuenta, también, el Art. 85.5 de la Ley Orgánica 7/2015 del Poder Judicial. Al respecto, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer del procedimiento de *exequatur*», *La Ley*, no. 6039, de 14 de junio de 2004, p. 1 y ss. Téngase en consideración, por lo que respecta al Orden Social, lo previsto en los Arts. 92 y 93 de la Ley 7/2015, así como en los Arts. 2 –ámbito del orden jurisdiccional social–, 6 –Juzgados de los Social–, 10.1 –delimitación de las competencias de los Juzgados de los Social– y de los Arts. 237-305 –en materia de ejecución– de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (BOE de 11 de octubre de 2011). Vid. ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C.A.L., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (11ª ed.), pp. 23-58, 72-77 y 501 y ss.

⁷⁹ Vid. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *op. cit.*, pp. 562-567.

c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obediere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española».

A tenor de lo establecido en este precepto, el legislador español ha optado –por medio de una fórmula algo confusa, al incorporar conceptos jurídicos laxos y abiertos como el de la «conexión razonable»– por permitir un control indirecto de la competencia judicial internacional del juez de origen, que permitiría (pero no exige) la aplicación «bilateral», «refleja» o «en espejo» de nuestras normas de competencia judicial internacional aplicables en la materia⁸¹, que actuarán como sistema de referencia (pero sin exigir su equivalencia), pero que obligaría a llevar a cabo al juez una valoración caso por caso⁸². De esta forma y por lo que respecta a este estudio, habría que valorar si, a la hora de determinar su competencia judicial internacional, el juez de origen hubiera acudido a criterios de atribución que fueran «similares» a los presentes en los foros que establece el Art. 25 de la Ley Orgánica 7/2015, para determinar la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden social, que se utilizan de modelo.

27. A este respecto y por lo que hace a nuestros sistema interno de competencia judicial internacional aplicable a la materia analizada, hay que recordar que el Art. 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza al tra-

bajador a presentar su demanda ante los tribunales españoles, en relación con los litigios internacionales en materia de contrato individual de trabajo, cuando los servicios se presenten en España o sea aquí donde se celebre el contrato, si el demandado posee en nuestro país su domicilio o una agencia sucursal o delegación, o cuando trabajador y empresario posean la nacionalidad española –existiendo una solución específica para los contratos de embarque, centrada en la posibilidad que el trabajador hubiera recibido una oferta previa al contrato en España–.

En principio, los criterios establecidos en el precepto no difieren excesivamente de los contenidos en los instrumentos europeos e internacionales antes referidos, aun cuando presenten ciertas diferencias, como la de la incorporación del criterio de la celebración del contrato–. Por lo que, desde una aproximación inicial, podría considerarse que tales foros se orientarían hacia la protección del trabajador en situaciones trasfronterizas y que esta tutela se proyectaría igualmente en el sector del reconocimiento y ejecución.

Sin embargo, estimamos que no puede decirse lo mismo del foro de la nacionalidad común de las partes –trabajador y empresario–. Un criterio de atribución que, a todas luces, debería considerarse como exorbitante⁸³ y, en consecuencia, su traslado al ámbito del reconocimiento y ejecución de *sentencias* extranjeras, podría dar lugar a situaciones en las que esa conexión podría entenderse por el juez requerido como escasamente «razonable» [utilizando la terminología empleada en el Art. 46.1 c)]. Como resultado de lo expuesto, nos encontraríamos ante un nuevo motivo que aconsejaría la eliminación de este criterio de atribución, en el marco de una deseable reforma futura de este precepto de la Ley Orgánica del Poder Judicial que lo aproximara más

⁸¹ RODRÍGUEZ BENOT, A., *op.cit.*, p. 254.

⁸² IGLESIAS BUHIGES, J.L., «Artículo 46», en; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, *op.cit.*, pp. 527-543, pp. 537-538.

⁸³ PALAO MORENO, G., *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 117.

a las soluciones presentes en el Reglamento Bruselas I bis.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

28. La multiplicación de la actividad empresarial y, en lógica consecuencia la de la actividad laboral, de naturaleza internacional –en un medio tendencialmente globalizado– facilita que los contratos individuales de trabajo cuenten en la actualidad con un carácter transfronterizo con una mayor frecuencia. Es en este medio complejo, donde coexisten procesos de integración regional y la apertura de nuevos acuerdos multilaterales y bilaterales que fomentan el libre comercio, donde se ven incrementadas las relaciones laborales pluri-localizadas que, ante la ausencia de un conjunto normativo completo de origen internacional a salvo las estrictamente estatales, se sitúa la necesidad de recurrir a las normas contenidas en el sistema de Derecho Internacional privado. Ahora bien, de entre las cuestiones suscitadas en este marco globalizado, el presente trabajo se ha centrado exclusivamente en la problemática que suscita el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en España, al respecto de los litigios en materia de contratos individuales de trabajo.

Pues bien, lo primero que destaca del análisis que se ha llevado a cabo, ha sido la escasez de estudios doctrinales donde se ofrezca un tratamiento particularizado de esta relevante cuestión, así como de la limitada atención que ha recibido por parte de la jurisprudencia. Esta carencia puede deberse a motivaciones diversas, como serían entre otros, la tendencia favorecedora de reconducir tales litigios a la jurisdicción española (merced a los criterios de competencia judicial internacional que así lo autorizan) o por la posibilidad de que las sentencias dictadas en el extranjero sean objeto de ejecución en el país donde se dictaron. Sin embargo, no deben hacer pensar en la falta de interés práctico de la cuestión, ni de la conveniencia de llevar a cabo un análisis del modelo español de Derecho Internacional privado español aplicable en la actualidad.

29. Así las cosas y por lo que respecta a ese análisis del sistema existente en materia de reconocimiento y ejecución en España de sentencias en materia de contrato individual de trabajo, destaca principalmente la pluralidad de normas aplicables a estos litigios y complejidad del sistema en nuestros días. De este modo, en el estudio que se ha llevado a cabo se ha podido comprobar como en los tres niveles de ordenación del sistema (europeo, internacional y estatal) siempre existe una respuesta normativa aplicable a los supuestos objeto de análisis –aunque normalmente sin cubrir de forma específica y especializada los litigios en materia de contrato individual de trabajo, sino que con una naturaleza general «en materia civil y mercantil», cubren igualmente los casos estudiados. Resultando, por lo tanto, de interés clarificar la relación que mantienen entre ellos y las peculiaridades que muestran tales modelos al respecto de los litigios analizados.

Junto a ello, igualmente se ha desprendido de este examen el dispar nivel de protección que se proporciona al trabajador en relación con cada uno de los sistemas normativos aplicable a cada caso. Una tutela que se centraría, fundamentalmente, en el control de los foros de competencia judicial internacional empleados por el juez de origen, por parte del requerido. En esta línea, el Reglamento de Bruselas I bis ofrece un buen ejemplo de esta aproximación tuitiva, que de algún modo también se encuentra presente en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015, e incluso en alguno de los convenios bilaterales analizados. Sin embargo, tal protección no se encuentra o se ve absolutamente desdibujada en el resto de instrumentos (tanto europeos, como multilaterales) analizados.

30. De ahí que, en definitiva y en la medida de lo posible, resultaría aconsejable revisar tales respuestas con el objetivo de que permitieran garantizar una coordinación adecuada entre las soluciones presentes en los sectores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y ejecución de sentencias ex-

tranjeras, al igual que la que ya existen entre los sectores del *forum* y del *ius*. Y ello, en relación con los litigios en materia de contrato individual de trabajo de naturaleza internacional, con la idea de otorgar una protección adecuada a estos sujetos.

Una labor que se podría llevar a cabo, por un lado, por medio de incorporar tales cautelas en instrumentos como los Reglamentos (UE) núms. 805/2004 y 1896/2006 –pudiendo tomar, en estos casos, como modelo la respuesta contenida en el Reglamento Bruselas I bis–, para dotar de coherencia a los instrumentos elaborados por el legislador europeo y garantizar la protección del trabajador en tales situaciones. Al igual que, por otro lado, por la incorporación de esta previsión en una futura revisión del Convenio de Lugano 2007, al igual que para aquellos convenios bilaterales que adolecen de tal presupuesto de naturaleza tuitiva a favor de los trabajadores.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

- ALBIOL ORTUÑO, M., ALFONSO MELLADO, C., BLASCO PELLICER, A. y GOERLICH PESET, J.M., *Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015 (11ª ed.).
- AMORES CONRADI, M., «Eficacia de las resoluciones extranjeras en España: Pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1995*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 267 y ss.
- AZCÁRRAGA MONZÓNIS, C., «El Reglamento Bruselas I como hito en el proceso armonizador del Derecho internacional privado europeo: balance y revisión, con especial atención a la eliminación del exequatur», en: ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (Eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 163-188.
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GULLÉN, M.L., MONTERO MURIEL, F.J. (Coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Pérez Llorca, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., «Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment (Articles 20-23)», en: MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, pp. 534 a 558.
- ESTEBAN DE LA ROSA, G. y MOLINA NAVARRETE, C., *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*, Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.
- GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., *El título ejecutivo europeo*, Civitas, Madrid, 2005.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
- *Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I bis*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, París, 2010 (4ª ed.).
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé», *R. des C.* 2000 (287), pp. 9-426.
- GRUSIC, I., «Recognition and enforcement of judgments in EU Private International Law», *Journal of Private International Law* 2016, Vol. 12, 3, 521-544.
- *The European Private International Law of Employment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L. y DESANTES REAL, M., «La quinta libertad comunitaria: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en la Comunidad Europea», en AA.VV., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p. 711 y ss.
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L., «La quinta libertad en marcha. La libre circulación de títulos ejecutivos en la UE», en: *Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 49-100.
- «Artículo 46», en: MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, op. cit., pp. 527-543.
- LAJOLO DI COSSANO, F., «La giurisprudenza della cort di giustiziza delle Comunità Europee e il Regolamento 44/2001/CE: i contratti di lavoro subordinato», *Diritto del commercio internazionale* 2002, pp. 901-925.

- LHERNOULD, J.P., «The Commission's proposal amending social security coordination regulations: how to combine Union citizens' rights and social security institutions' needs?», *ERA Forum* (2017) 18, pp. 155-164.
- MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2015.
- MANKOWSKI, P., «Article 45», en: MAGNUS U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, pp. 863-953.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. y PALAO MORENO, G. (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Tirant lo Blanch tratados, Valencia, 2017.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer del procedimiento de exequatur», *La Ley*, no. 6039, de 14 de junio de 2004, p. 1 y ss.
- PALAO MORENO, G., «Article 26. Individual employment contracts», en: MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (Eds.), *European Commentaries on Private International Law. Commentary Rome I Regulation*, Otto Schmidt, Colonia, 2017, pp. 577-599.
- «La Ley 45/1999 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Un nuevo paso hacia la consolidación de un mercado de trabajo integrado en Europa», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia* 2000, núm. 208, pp. 43-62.
 - «La ley aplicable al contrato de trabajo internacional por los tribunales españoles y su problemática procesal», en: SALINAS MOLINA, F. (Dir.), *Derecho internacional privado. Trabajadores Extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 521-582.
 - *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- PERTEGÁS SAMPER, M., «Nuevas Reglas Internacionales Sobre Las Cláusulas de Elección de Foro en Contratos Internacionales: El Convenio de La Haya Y El Reglamento Bruselas I Bis», *AEDIPr*, t. XIV-XV, 2014-2015.
- POCAR, F., Informe explicativo. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007», *DO* núm. C 319, de 23 de diciembre de 2009.
- RODRÍGUEZ BENOT, A., «La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2016, Vol. 8, N° 1, pp. 234-259, p. 250 (en www.uc3m.es/cdt, visitado el 15 de octubre de 2017).
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.A., *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005; SENÉS MOTILLA, C., «La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español», *La Ley*, 2005-4, p. 1783 y ss.
- SASSEN, S., *La movilidad del trabajo y del capital. Un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993.
- VAQUERO LÓPEZ, C., «Globalización y materialización del Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones laborales», en: DE FARAMIÑAN GILBERT, J.M. (Coord.), *Globalización y Comercio Internacional. Actas de las XX Jornadas de la Asociación Española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, BOE, Madrid, 2005, pp. 379-386.
- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, Cizur Menor, 2007 (2ª ed.).
- ZABALO ESCUDERO, M.E., «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, Madrid, 2005, Vol. 2, pp. 1815-1835.

RESUMEN

Fenómenos económicos y sociales actuales y tan significativos como son la globalización de la economía o los procesos de integración regional –como sucede, en el caso español, con el generado por la Unión Europea–, explican tanto la frecuencia de los supuestos de movilidad internacional de los trabajadores –«en» y «por» el trabajo–, así como el destacado papel que desempeña –en nuestros días– el Derecho Internacional privado en la gestión legal de los contratos internacionales de trabajo.

A este respecto, de un análisis en profundidad de estas situaciones y de la normativa que las regula se deriva, como afirmación de partida, que la necesaria protección que merece el trabajador en las situaciones trasfronterizas afecta a todos y a cada uno de los sectores del Derecho Internacional privado –esto es, la concreción de la competencia judicial internacional, de la determinación de la ley aplicable, la cooperación entre autoridades y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras–. Como consecuencia y coherentemente con esta afirmación, este objetivo protector también afectaría al significativo sector del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras al respecto de los contratos individuales de trabajo, a pesar de la escasa atención que este sector habría despertado en la doctrina y en la jurisprudencia hasta la fecha.

En este sentido, por lo que hace a los mencionados objetivos perseguidos, este artículo busca analizar el sistema español vigente de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contratos individuales de trabajo, con la finalidad de observar el alcance del objetivo protector que igualmente debe informar a las normas de este singular sector del Derecho Internacional privado –esto es, de forma coherente al resto de sectores–, ante aquellas situaciones en las que se pudiera ver afectado un contrato individual de trabajo de naturaleza transfronteriza.

Para cumplir con el objetivo marcado, y al respecto de la metodología seguida en este estudio, resulta imprescindible analizar el alcance de este objetivo protector, al respecto de las soluciones previstas en el sistema español de Derecho Internacional privado vigente, para favorecer el reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras en nuestro país –particularmente aquellas normas relativas a la denegación del reconocimiento o la ejecución de las sentencias extranjeras–. Un trabajo que, en particular, ha conducido a analizar las soluciones presentes en el actual ordenamiento español, tanto en los Reglamentos europeos aplicables –esto es, el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y el Reglamento (CE) núm. 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo– como los convenios internacionales aplicables en los que España es parte contratante –es decir, tanto los diversos convenios bilaterales que obligan a España y que se aplican a esta materia, como al Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 (el conocido como Convenio «paralelo» de Lugano de 2007)–, así como las soluciones previstas en la novedosa Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil de 2015 –de aplicación supletoria–.

Pasando ya a los resultados alcanzados en el análisis llevado a cabo en este artículo, del estudio que se ha realizado de este sistema normativo destaca, en primer lugar, la pluralidad de fuentes aplicables y la complejidad del sistema vigente en el caso español. Además, en segundo lugar, también ha de subrayarse que las diversas normas aplicables

a las situaciones analizadas responden de forma dispar al principio *favor laboratoris* que debe informar al Derecho Internacional privado en este singular ámbito. Y ello, debido al diverso origen y al diferente momento de elaboración de estos instrumentos y reglas. Así, mientras que en las normas europeas únicamente se promociona el objetivo protector de forma eficaz en el Art. 45.1, e) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012, y en el sistema convencional este objetivo queda prácticamente huérfano, en el Art. 46. 1, c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015 se persigue esta finalidad, aunque de forma poco clara. El resultado final es un sistema complejo y con una protección dispar de los intereses de los trabajadores, en relación con los supuestos de contratos individuales de trabajo de naturaleza trasfronteriza, que precisa de una necesaria revisión.

En consecuencia, y por lo que respecta a las conclusiones del estudio elaborado, se propone que se pongan los medios necesarios para lograr que ese necesario objetivo tuitivo impregne de forma efectiva todas las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España, en relación con todos sus niveles normativos –esto es, tanto el internacional, como el europeo y el modelo autónomo español– en materia de contrato individual de trabajo. Y ello, para así conseguir una tutela de los trabajadores coherente para todo el sistema español de Derecho Internacional privado vigente en la actualidad. Así y de conformidad con el principio de «materialización» que ya han experimentado las normas de determinación de la competencia judicial internacional y las relativas a la determinación de la ley aplicable en relación con los contratos individuales de trabajo –como así sucede en los Arts. 20 a 23 del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 y el Art. 8 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)–. Para ello se propone seguir con el modelo que ofrece el Art. 45.1, e) del Reglamento (UE) núm. 1215/2012 –al respecto de los niveles convencional y europeo–, así como despejar las dudas que genera la confusa redacción actual del Art. 46. 1, c) de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil de 2015.

Palabras clave: Derecho internacional privado; contrato individual de trabajo; reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

ABSTRACT

Current economic and social phenomena like the Globalization of the Economy and regional integration processes –as it happens, in the case of Spain, with the one generated by the European Union–, explain the great increasing of the international mobility of workers –«in» y «for» the employment–, as well as the leading role which Private International Law plays respect to the legal management of the individual contracts of employment with an cross-border character.

In this respect, from an in depth analysis of these situations and of the legal framework which regulates them, it derives as starting point statement, that each and every Private International Law sector –i.e. the determination of the international competent court, the law applicable to the merits, the cooperation of authorities and the recognition and execution of foreign judgements–. Therefore, the rules related to the recognition and execution of foreign judgements included, are necessarily affected by the need to provide a sound legal protection to workers in relation to cross-border situations. As a consequence, and accordingly to this coherent approach, this would also affect the sector of the recognition and enforcement of foreign judgements, in spite of the limited attention which literature and case-law has paid to this significant sector in matters of individual contracts of employment.

Therefore, and in relation to the objectives which are going to be pursued, this article aims at analysing the current Spanish legal system of recognition and execution of foreign judgements in matters of individual contracts of employment, from the perspective of the protective objective that their provisions must achieve. And this is so, in order to assess the reach of the protective objective which must undertake those rules of this particular sector of the Private International Law system, in front of those situations in which an individual contract of employment is at stake.

In order to fulfil the mentioned goal, and in relation to the methodology which has been followed, it is necessary to evaluate the reach of the protective objective, in relation to the solutions which are present at the current Spanish Private International Law system, in order to favour the recognition and enforcement of foreign judgements in Spain –in particular those rules related to the deny of the recognition and enforcement of foreign judgements–. This study has led, in particular, to evaluate the solutions which are included nowadays in the Spanish legal order, not only in the European regulations which are of application –i.e. Regulation (EU) No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), Regulation (EC) No. 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004, creating a European Enforcement Order for uncontested claims, and Regulation (EC) No. 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure–, but also the international Conventions in which Spain is a Contracting party –i.e. the bilateral Conventions which are binding for Spain and are of application for the cases analysed, and the Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Lugano the 30 October 2007 (the so called Lugano «parallel Convention of 2007)– as well as the solutions which are present at the new Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015 –with a subsidiary application–.

When we get to the results which have been reached by the analysis carried out by this article, it must be firstly highlighted, on the one hand, that after an analysis of that normative system, the plurality and complexity of the current legal sources in Spain. Moreover, on the other hand, it has to be also stressed, that the different legal instruments which are bound to discipline those particular cross-border situations, provide a dissimilar answer to the *favour laboris* principle. And this is so, due to their divergent origin and the different moment when those instruments and provisions were enacted. In relation to this, while the protective objective is only fulfilled in an effective way at Art.

45.1 (e) of Regulation (EU) No. 1215/2012 in relation to the European instruments, and this goal is practically unattended at the conventional level, Art. 46. 1 (c) of the Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015 try to serve this objective, but in a very unclear fashion. Hence, the outcome is a complex legal system which provide a dissimilar protection to the interests of the employees in relation to the studied cases, which demand a review.

As a consequence, and in relation to the conclusions which can be derived from this study, it can be suggested and in order to reach the mentioned protective objective in an effective way, also in relation to all rules related to the recognition and execution of foreign judgements in Spain, and in respect to all its normative levels –i.e. International, European and the Spanish autonomous system– in matters of individual contracts of employment. Thus to reach a coherent protection of employees through all the Spanish Private International Law system. And this should be achieved, so that this sector could also be informed by the same «substantive» approach which already has had an impact in those rules related to the determination of the international competent jurisdiction and the law applicable in matters of individual contracts of employment –as it can be observed at Arts. 20 to 23 Regulation (EU) No. 1215/2012 and Art. 8 Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)–. In order to achieve this goal, it can be suggested to follow the example present in Art. 45.1 (e) Regulation (EU) No. 1215/2012 as a model –for the conventional and European level–, as well as to clarify the uncertainties which derive from the confusing wording of Art. 46.1 (c) Spanish Act of Legal Cooperation in Civil Matters of 2015.

Key words: Private international law; individual contracts of employment; recognition and enforcement of foreign judgements.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

II. Legislación

La actividad normativa de la Unión Europea y apéndice sobre la Carta Social Europea*

Regulation in the European Union and appendix on the European Social Charter

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ**

SUMARIO: 1. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES. 2.1. Decisión (UE) 2016/1859 del Consejo, de 13 de octubre de 2016, relativa a la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, y por la que se deroga la Decisión 2003/174/CE. 2.2. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1255 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a un modelo de descripción de los sistemas y procedimientos nacionales para la admisión de organizaciones como miembros y socios de EURES (Texto pertinente a efectos delEEE). 2.3. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1256 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a los modelos y procedimientos necesarios para el intercambio de información a escala de la Unión sobre los programas de trabajo nacionales de la red EURES (Texto pertinente a efectos delEEE). 2.4. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1257 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a las normas técnicas y formatos necesarios para el establecimiento de un sistema uniforme que permita la puesta en correspondencia de las ofertas y las demandas de empleo y los CV en el portal EURES (Texto pertinente a efectos delEEE). 3. SEGURIDAD SOCIAL. 3.1. Decisión n.º E5, de 16 de marzo de 2017, relativa a las disposiciones prácticas en relación con el período transitorio para el intercambio electrónico de datos contemplado en el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 (Texto pertinente para elEEE y para el Acuerdo CE/Suiza). 4. TIEMPO DE TRABAJO. 4.1. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. 5. OTRAS NORMAS. 5.1. Directiva (UE) 2017/2397 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales en la navegación interior y por la que se derogan las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE del Consejo (Texto pertinente a efectos delEEE). 5.2. Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo (Texto pertinente a efectos delEEE). 6. TEXTOS PREPARATORIOS. 6.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. 6.2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo. 6.3. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por

* Esta crónica comprende las normas más relevantes de la Unión Europea publicadas entre los años 2017 y mayo de 2018.

** Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela.

la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera. 6.4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 en lo que se refiere a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n.º 165/2014 en lo que se refiere al posicionamiento mediante tacógrafos. 7. APÉNDICE: LA PRESENCIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA NORMATIVA DE LA UE.

1. EL PILAR EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

El año 2017 pasará a la historia de la Unión Europea como un año de Derecho blando. La escasa regulación de este período procede de disposiciones no vinculantes, principalmente Decisiones o Recomendaciones sobre temas de limitada relevancia. De esta monotonía sólo se escapan los textos preparatorios, en forma de propuestas de Directivas y Reglamentos y, como gran excepción, el llamado Pilar europeo de derechos sociales, que concentra la principal actividad *normativa* de la Unión Europea en el año 2017.

El Pilar europeo de derechos sociales fue aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, durante la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo, Suecia. El 8 de marzo de 2016, la Comisión presentó un primer esbozo del Pilar europeo de derechos sociales y lanzó una consulta pública. La Comisión recibió más de 16.500 respuestas online que sirvieron para definir el esbozo final del Pilar europeo de derechos sociales.

De conformidad con el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea, los objetivos de la Unión son, entre otros, promover el bienestar de sus pueblos y obrar en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de

los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. El objetivo del Pilar es «servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como para garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales». Con este fin, el Pilar añade nuevos principios «que abordan los desafíos derivados de los cambios económicos, tecnológicos y sociales».

1.1. Comunicación COM (2017) 250 final, dirigida al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre el Establecimiento de un Pilar europeo de derechos sociales

Esta Comunicación constituye el primer documento del paquete de documentos hecho público por la Comisión Europea en torno al Pilar Europeo de derechos sociales y se recogen los principios políticos que lo componen, con especial atención al Brexit y al futuro de la Unión Europea tras esta situación. La Comunicación va acompañada de una serie de iniciativas legislativas y no legislativas relacionadas con la conciliación entre vida privada y vida profesional, la información de los

trabajadores, el acceso a la protección social y el tiempo de trabajo. Según la lógica del Pilar, estas propuestas, una vez adoptadas, actualizarán y completarán el acervo de la UE.

1.2. Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 de abril de 2017 sobre el Pilar Europeo de derechos sociales

Este documento, que como corresponde a la naturaleza jurídica de toda recomendación carece de carácter vinculante, incide de manera especial en la finalidad del Pilar Europeo: «servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población, así como garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales». Partiendo de un repaso y análisis detallado de la materia social contenida en el TFUE, la Recomendación dedica sus tres primeros capítulos, respectivamente, a las siguientes materias: la igualdad de oportunidades y el acceso al mercado de trabajo, las condiciones de trabajo dignas y la protección social e inclusión.

La igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo se centra en cuatro objetivos principales: educación, formación y aprendizaje permanente (1); igualdad de género (2); igualdad de oportunidades (3) y apoyo activo para el empleo (4).

El Capítulo II, dedicado a las condiciones de trabajo justas, se compone de cuatro apartados que se centran en la relación laboral y, en concreto, en las siguientes materias: Empleo seguro y adaptable (5), que incide en la igualdad de trato con independencia de la modalidad contractual, así como la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios económicos; los salarios (6), que habrán de ser «justos» y proporcionar «un nivel de vida digno». La información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido (7), establecien-

dose el derecho del trabajador a ser preavisado con un tiempo razonable antes de la extinción. Y, en fin, el diálogo social y participación de los trabajadores (8), animando la participación y negociación de los interlocutores sociales; el equilibrio entre vida profesional y privada (9) y, en fin, el derecho de los trabajadores a un entorno saludable, seguro y adaptado y a la protección de sus datos (10).

El Capítulo III se dedica a la Protección social e inclusión y contiene los siguientes principios: la asistencia y apoyo a los niños (11), protección social (12), prestaciones por desempleo (13), renta mínima (14), pensiones y prestaciones de vejez (15), sanidad (16), inclusión de las personas con discapacidad (17), cuidados de larga duración (18), vivienda y asistencia para las personas sin hogar (19) y acceso a los servicios esenciales (20).

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE TRABAJADORES

Respondiendo a los mandatos del art. 9 TFUE, la actividad de la Unión Europea tiene, entre sus fines, una dimensión social que se refleja, entre otras acciones, en la promoción de un elevado nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y el alcance de un elevado nivel de educación, formación y protección de la salud humana. Al cumplimiento de estos objetivos van dirigidas las escasas normas, todas ellas *soft law*, que se promulgaron en 2017 en el ámbito de la libre circulación de trabajadores.

2.1. Decisión (UE) 2016/1859 del Consejo, de 13 de octubre de 2016, relativa a la Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo, y por la que se deroga la Decisión 2003/174/CE

La Cumbre Social Tripartita para el Crecimiento y el Empleo –creada por la Decisión

2003/174/CE del Consejo y actualmente reconocida en el art. 152 TFUE como «componente integrante del diálogo social a escala de la Unión»— tiene como principal finalidad la de promover una concertación de alto nivel con los interlocutores sociales europeos sobre la estrategia general establecida por el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000. A través de los 7 artículos que componen esta Decisión, que entró en vigor el 14 de octubre de 2016, se plasman, como aspectos más relevantes, las funciones de la Cumbre (artículo 1), la determinación de sus miembros (artículo 2), la preparación de sus trabajos (artículo 3), sus reglas de funcionamiento (artículo 4), información de sus debates al Consejo de Europa (artículo 5).

Entre sus funciones, la Cumbre, que se reunirá al menos dos veces al año y estará presidida conjuntamente por el presidente del Consejo Europeo y por el presidente de la Comisión (artículo 4), habrá de garantizar la participación de los interlocutores sociales europeos «en el marco del diálogo social, en los distintos componentes de la estrategia de la Unión para el crecimiento y el empleo. Facilitará las sinergias entre las medidas del Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión y los interlocutores sociales destinadas a impulsar el crecimiento, un alto nivel de empleo, la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y un alto nivel de educación, formación y protección de la salud humana» (artículo 1).

2.2. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1255 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a un modelo de descripción de los sistemas y procedimientos nacionales para la admisión de organizaciones como miembros y socios de EURES

A lo largo de sus 7 artículos y del Anexo que la acompaña al final de su texto, esta Decisión, que entró en vigor el 12 de julio de 2017, trata de hacer posible el cumplimiento por los Estados miembros de su deber de establecer, antes del 13

de mayo de 2018, un sistema para la admisión de organizaciones como miembros y socios de EURES, para supervisar sus actividades y para comprobar que respetan la legislación aplicable a la hora de Reglamento (UE) n° 2016/589. A tal fin, en esta Decisión se establece el modelo que deberán usar los Estados miembros para describir sus sistemas de admisión de miembros y socios de EURES de conformidad con los sistemas nacionales de admisión, los procedimientos para modificarlo y los mecanismos para el intercambio de información relativa a los sistemas de admisión entre los Estados miembros (artículo 1).

Tras la enumeración de los principios generales a los que ha de subordinarse cada Estado (artículo 2), se establecen las funciones y responsabilidades de las Oficinas Nacionales de Coordinación (artículo 3), de la Oficina Europea de Coordinación (artículo 4) y del Grupo de Coordinación (artículo 5).

Para describir los sistemas nacionales de admisión, los criterios y requisitos aplicados y los organismos designados para su funcionamiento, el artículo 6 obliga a utilizar el Modelo que aparece recogido en el Anexo de esta Decisión.

2.3. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1256 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a los modelos y procedimientos necesarios para el intercambio de información a escala de la Unión sobre los programas de trabajo nacionales de la red EURES

Esta Decisión se enmarca en el objetivo fijado por el Reglamento (UE) n° 2016/589 de avanzar en la creación de un sistema eficaz de intercambio de información sobre la oferta y la demanda de empleo a escala nacional, regional y sectorial, y trata de aprovechar todas las posibles sinergias con los mecanismos y procedimientos de recogida y análisis de datos relativos a las distintas áreas de actividad EURES llevadas a cabo a nivel nacional. La Decisión de Ejecución (UE) 2017/1256, en vigor desde el 21 de julio de 2017, conforma los modelos y procedi-

mientos necesarios para el intercambio de información a escala de la Unión sobre los programas de trabajo nacionales de la red EURES.

Se compone de 9 artículos y de dos Anexos que recogen el *Modelo que deberán utilizar las oficinas nacionales de coordinación para elaborar sus programas de trabajo anuales* (Anexo I) y el *Calendario de preparación del programa de trabajo nacional anual* (Anexo II).

El objetivo confeso de la Decisión no es otro que proporcionar un modelo de obligada utilización por las Oficinas Nacionales de Coordinación cuando estas redacten sus programas de trabajo nacionales, así como el establecimiento de los procedimientos de intercambio de información respecto de los programas de trabajo nacionales a escala de la Unión (artículo 1). Para ello, la Decisión ofrece los criterios para la organización del ciclo de programación (artículo 2) y detalla las funciones y responsabilidades que corresponden a cada uno de los agentes de esta actividad: las Oficinas Nacionales de Coordinación (artículo 3), la Oficina Europea de Coordinación (artículo 4), los miembros y socios de EURES (artículo 5) y el Grupo de coordinación (artículo 6).

En su actividad, se ordena el empleo del modelo recogido en el Anexo I y el seguimiento del calendario incorporado en el Anexo II para la planificación de sus programas nacionales (artículos 7 y 8).

2.4. Decisión de Ejecución (UE) 2017/1257 de la Comisión, de 11 de julio de 2017, relativa a las normas técnicas y formatos necesarios para el establecimiento de un sistema uniforme que permita la puesta en correspondencia de las ofertas y las demandas de empleo y los CV en el portal EURES

El éxito del portal EURES pasa, necesariamente, por garantizar un sistema uniforme que permita la correcta comunicación entre las ofertas y demandas de empleo nacionales.

Para ello, es preciso que los miembros y socios de EURES faciliten el mayor número posible de ofertas y demandas de empleo, así como de los CV adecuados de que dispongan.

En buena lógica, la Decisión comienza ofreciendo una definición común de conceptos básicos para garantizar el funcionamiento del sistema EURES, tales como «demanda de empleo» o «CV» (artículo 1) y los principios generales tanto para la transmisión e intercambio de datos (artículo 2), como de contenido y calidad de los datos (artículo 3).

Los restantes artículos contienen disposiciones igualmente técnicas a estos efectos, tales como las funciones y responsabilidades de las Oficinas Nacionales de Coordinación (artículo 4), de la Oficina Europea de Coordinación (artículo 5), de los miembros y socios de EURES (artículo 6) y del Grupo de Coordinación (artículo 7). Los dos últimos artículos ofrecen las Definiciones y especificaciones técnicas y funcionales del intercambio de datos (artículo 8) y criterios para la correcta Gobernanza (artículo 9), entre los que destaca el deber de designar un punto de contacto único al que se podrán dirigir todas las solicitudes, peticiones y comunicaciones relativas a la ejecución de las disposiciones en materia de servicios informáticos.

3. SEGURIDAD SOCIAL

3.1. Decisión n.º E5, de 16 de marzo de 2017, relativa a las disposiciones prácticas en relación con el período transitorio para el intercambio electrónico de datos contemplado en el artículo 4 del Reglamento (CE) n.º 987/2009

Las Decisiones de la Comisión Administrativa carecen, como es sabido, de fuerza vinculante. No obstante, su importancia material es tal que debe ser recogida en esta crónica, a

pesar de su evidente contenido administrativo y de gestión.

La inminente entrada en vigor del EESSI, largamente esperada, obliga a ajustar su puesta en práctica. Así, esta Decisión proclama como principios rectores durante el período transitorio «la buena cooperación entre instituciones, el pragmatismo y la flexibilidad», considerando primordial «la necesidad de garantizar una transición fluida a los ciudadanos que ejerzan sus derechos con arreglo a los nuevos Reglamentos». A partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 883/2004 y del Reglamento (CE) n° 987/2009, los formularios E basados en los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y (CEE) n° 574/72 se sustituirán por versiones impresas de los documentos electrónicos estructurados (SED), sin perjuicio de que cada Estado miembro pueda adoptar un enfoque flexible para poner en práctica el sistema de intercambio electrónico de información sobre Seguridad Social (EESSI), a medida que se vaya adaptando a dicho sistema.

4. TIEMPO DE TRABAJO

4.1. Comunicación interpretativa de la Comisión sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo

Una Comunicación de la Comisión, normalmente, no tendría rango suficiente para figurar en una crónica como esta. Sin embargo, el esfuerzo de catalogación de la jurisprudencia y de los problemas de aplicación de la Directiva de tiempo de trabajo hace que este texto deba ser incluido con rango principal.

En su extensísima introducción ya se menciona la importancia de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo como «elemento fundamental del acervo de la Unión

Europea», que se ha convertido en uno de los pilares básicos de la dimensión social de Europa. No obstante, han pasado ya 25 años desde que se adoptó la que fue la primera Directiva de aplicación general en el ámbito del tiempo de trabajo y por ello se hace un especial hincapié en la radical transformación que, desde entonces, han sufrido tanto las formas de trabajo, como sus horarios, condiciones laborales y la realidad empresarial, especialmente de la mano de la digitalización. Explícitamente se mencionan las TIC, el trabajo por carteras, el teletrabajo y el deterioro de los tiempos de descanso en este contexto, a lo que se suman más de 50 sentencias y autos en materia de tiempo de trabajo que, entre otras cosas, ofrecen una definición de «trabajador» de la que carece la Directiva. Si por una parte se señala el carácter fundamental de esta jurisprudencia «para garantizar la correcta aplicación de la Directiva, ya que los malentendidos o la falta de conocimiento acerca de la jurisprudencia más reciente pueden provocar, a su vez, problemas de cumplimiento y reclamaciones o litigios evitables», por otro también se advierte de la dificultad que supone para los Estados miembros, los trabajadores y empleadores, interlocutores sociales, inspecciones de trabajo y otros interesados, el empleo de la comprensión de los términos exactos de la Directiva en relación con la amplia jurisprudencia señalada. Así pues, el objetivo de esta Comunicación no es otro que apoyar la claridad y seguridad jurídicas en la correcta aplicación de la Directiva.

En el Punto III de la Comunicación, dedicado al «Ámbito de aplicación personal», se señala la ausencia de una definición del concepto de «trabajador» en la Directiva, lo que puede dificultar su aplicabilidad. Aunque este concepto fue perfilándose de la mano del Tribunal de Justicia, la Comunicación advierte que la aplicabilidad de la Directiva dependerá de si la persona interesada se considera «trabajador» con arreglo a la definición de trabajador de la jurisprudencia de la Unión Europea. Esto se basa en aspectos de sus disposiciones laborales concretas, en

particular, en si la persona realiza actividades reales y efectivas bajo la dirección y supervisión de otra persona y por una remuneración para extender su protección hacia nuevas formas atípicas de empleo, salvo, como ella misma indica, «las relaciones en las que la persona no se considere ‘trabajador’ en virtud del Derecho de la UE. Esto significa que, por ejemplo, el tiempo de trabajo de los ‘voluntarios’ o los ‘autónomos’ que no se consideren ‘trabajadores’ no estaría cubierto por la Directiva».

También se establece el principio general de aplicación de la Directiva «a todos los sectores», con la única excepción de su exclusión en situaciones excepcionales.

El punto IV de la Comunicación aborda las definiciones que contiene la Directiva. La más importante, con incidencia directa en España como consecuencia de la sentencia *Tyco*, es la distinción entre tiempo de trabajo y período de descanso. El crecimiento del teletrabajo y de las nuevas formas de empleo obliga a una reflexión importante sobre estos conceptos. Otros elementos de frontera que merecen atención en el documento son la atención continuada y alerta localizada, el tiempo de desplazamiento de los trabajadores que carecen de centro de trabajo fijo entre su domicilio y los centros del primer y del último cliente, los trayectos entre citas durante la jornada laboral, los trayectos irregulares de los trabajadores a un centro de trabajo diferente y los trayectos hacia y desde el centro de trabajo.

Los siguientes apartados de este punto IV abordan materias como el período nocturno y trabajador nocturno, trabajo por turnos y trabajador por turnos, trabajador móvil, trabajo *off-shore* y descanso adecuado.

En cuanto a la duración máxima del trabajo semanal, la Comunicación insiste en su carácter incondicional e incide en la posibilidad de calcular la media del tiempo máximo. Es importante recalcar el efecto directo de estas disposiciones y la Comisión señala todas las vías posibles para hacer efectivo este derecho.

Las vacaciones han merecido especial atención por parte del Tribunal de Justicia. El mínimo de cuatro semanas, el carácter retribuido, su transferencia y posible pérdida, la interacción con otros permisos emanados del Derecho de la Unión Europea ... Todo ello se analiza minuciosamente, deteniéndose especialmente en la cuantía de la retribución. De nuevo la Comunicación recalca el efecto directo de las disposiciones en la materia.

La parte de la Comunicación dedicada al trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo destaca por no contener ni una sola cita jurisprudencial, ya que nunca ha sido abordada por el Tribunal.

El último apartado, dedicado a las excepciones, es muy extenso y contiene un detallado estudio de las excepciones recogidas en la Directiva. En este caso, sí hay análisis jurisprudencial, puesto que es un aspecto que ha aparecido con reiteración ante el Tribunal de Justicia.

Es de gran interés el planteamiento inicial de la Comisión. Aunque en primer lugar señala que las excepciones deben haber sido transpuestas con validez para poder acogerse a ellas, a continuación invoca la doctrina del Tribunal para afirmar que «cuando el Derecho nacional reúna las condiciones de la excepción, es posible aplicarlo incluso aunque no indique expresamente que se trata de una transposición de las excepciones contempladas en la Directiva». En línea, no obstante, con lo habitual en el Derecho de la Unión, estas excepciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Así, detalladamente, son sucesivamente presentadas las situaciones de los trabajadores autónomos, las excepciones que exigen un descanso compensatorio equivalente o una protección adecuada, la excepción para el trabajo por turnos y con fraccionamiento de la jornada, la excepción para todos los sectores mediante convenio colectivo, la obligación de conceder un descanso compensatorio equivalente o, en casos excepcionales, protección

adecuada, la «exclusión voluntaria» de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, la excepción específica para los trabajadores móviles y el trabajo off-shore y la excepción específica para los trabajadores que ejercen su actividad a bordo de buques de pesca marítima.

El documento termina con unas Conclusiones que advierten de la dificultad de un texto como éste, cuya intención, en las propias palabras de la Comisión «es ofrecer tanta orientación como sea posible sobre la interpretación de la Directiva, basándose en primer lugar, y sobre todo, en la jurisprudencia al respecto. No pretende crear normas nuevas, y los elementos incluidos en la misma, por tanto, siguen estando sujetos a cambios ulteriores y complementos por parte del Tribunal».

5. OTRAS NORMAS

5.1. **Directiva (UE) 2017/2397 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales en la navegación interior y por la que se derogan las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE del Consejo**

Esta Directiva se enmarca en el objetivo de armonizar y reconocer las cualificaciones profesionales de las tripulaciones en la navegación interior, iniciado por las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE del Consejo. Así, expresamente reconoce su finalidad de «contribuir a la movilidad de las personas que intervienen en el funcionamiento de embarcaciones en la Unión y habida cuenta de que todos los certificados de cualificación, libretas de servicio y diarios de navegación expedidos de conformidad con la presente Directiva han de cumplir las normas mínimas exigidas conforme a criterios armonizados, los Estados miembros deben reconocer las cualificaciones profesionales certificadas de acuerdo con la

presente Directiva. En consecuencia, quienes posean tales cualificaciones han de poder ejercer su profesión en todas las vías navegables interiores de la Unión». Como no puede ser de otra manera, expresamente se excluye de la obligación de trasponer y aplicar sus disposiciones a los Estados en los que ninguna vía navegable interior esté conectada a la red de navegación de otro Estado miembro y que decidan no expedir certificados de cualificación de la Unión de conformidad con la Directiva, en tanto no decidan expedir certificados de cualificación de la Unión. Sin embargo, no se les excluye del reconocimiento en su territorio del certificado de cualificación de la Unión, con objeto de promover la movilidad de los trabajadores dentro de la Unión, reducir las cargas administrativas asociadas con la movilidad laboral y hacer más atractiva la profesión.

La Directiva se estructura en 40 artículos, divididos en 5 Capítulos, y tres Anexos, dedicados a regular los «Requisitos mínimos en materia de edad, conformidad administrativa, competencia y tiempo de navegación» (Anexo I), los «Requisitos esenciales en materia de competencias» (Anexo II) y los «Requisitos esenciales en materia de aptitud médica» (Anexo III).

El Capítulo I (artículos 1 a 3) se titula «objeto, ámbito de aplicación y definiciones», reitera como objeto de la Directiva la fijación de «condiciones y procedimientos aplicables para la certificación de las cualificaciones de las personas que intervengan en el funcionamiento de embarcaciones que naveguen por vías navegables interiores de la Unión, así como para el reconocimiento de tales cualificaciones en los Estados miembros» (artículo 1).

El Capítulo II (artículos 4 a 10) regula los «Certificados de cualificación de la Unión» y establece, entre otras obligaciones, las de llevar el certificado de cualificación de la Unión de tripulante de cubierta (artículo 4), la de llevar dicho certificado para determinadas operaciones indicadas en el artículo 5, la obligación de los patrones de embarcación de estar en posesión de autorizaciones específi-

cas (artículo 6), las exenciones relacionadas con las vías navegables interiores nacionales no conectadas a la red navegable de otro Estado miembro (artículo 7), la clasificación de las vías navegables interiores de carácter marítimo (artículo 8), los criterios para la determinación de los tramos de vías navegables interiores que entrañen riesgos específicos (artículo 9) y las reglas de reconocimiento de los certificados en todas las vías navegables interiores de la Unión (artículo 10).

A la regulación de la certificación de las cualificaciones profesionales se dedica el Capítulo III (artículos 11 a 15), que se divide en dos secciones. La Sección I se destina al Procedimiento de expedición de certificados de cualificación de la Unión y de autorizaciones específicas, y en él destacan, como principales, las reglas para la expedición y validez de certificados de cualificación de la Unión (artículo 11), o de autorizaciones específicas para patrones de embarcación (artículo 12), la renovación de certificados de cualificación de la Unión y de autorizaciones específicas para patrones de embarcación (artículo 13) o la suspensión y retirada de certificados de cualificación de la Unión o de autorizaciones específicas para patrones de embarcación (artículo 14). La Sección II, compuesta por un único artículo 15, se dedica a la Cooperación Administrativa.

La Sección III (artículos 16 a 21) se centra en las competencias necesarias para el funcionamiento seguro de una embarcación, las reglas para su evaluación (artículo 17) y las reglas de homologación de los programas de formación que pueden establecer al efecto los Estados miembros (artículo 19), entre otras cuestiones.

La Sección IV (artículos 22 y 23) se destina al «Tiempo de navegación y aptitud médica», estableciéndose, entre otras obligaciones, la del patrón de anotar el tiempo de navegación (artículo 22.1), así como la obligación de los tripulantes de cubierta de presentar un certificado de aptitud médica a la autoridad competente (artículo 23).

El Capítulo IV (artículos 24 a 30) contiene las Disposiciones Administrativas, con especial relevancia de la protección de datos de carácter personal (artículo 24), así como la especificación de los registros, las autoridades competentes y las reglas de supervisión, evaluación, prevención del fraude y sanciones.

Finalmente, el Capítulo 5 contiene las Disposiciones Finales, en las que se establece la expresa derogación de las Directivas 91/672/CEE y 96/50/CE con efectos a partir del 18 de enero de 2022 (artículo 37), las disposiciones transitorias (artículo 38) y las reglas para la trasposición de esta Directiva (artículo 39).

5.2. Directiva (UE) 2017/2398 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2017, por la que se modifica la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo

La finalidad de esta Directiva, a través de los cuatro artículos que la componen, no es otra que modificar la Directiva 2004/37/CE relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. En ella se establece un nivel uniforme de protección contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos y mutágenos a través de un marco de principios generales que permite que los Estados miembros garanticen la aplicación de unos requisitos mínimos, cuya finalidad es proteger a los trabajadores a nivel de la Unión, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan fijar otros valores límite de exposición profesional vinculantes más estrictos. No obstante, los datos o estudios más recientes surgidos a la luz de nuevas informaciones disponibles hacen necesario modificar y actualizar la referida Directiva 2004/37/CE, y a tal fin se dirige la actual Directiva (UE) 2017/2398.

A tal efecto, entre otras medidas, se permite que el médico o autoridad responsable del control médico de los trabajadores pueda ordenar la prolongación del control, aun cuando la exposición al agente haya finalizado, «durante tanto tiempo como considere necesario para preservar la salud del trabajador afectado» (artículo 1, apartado 2.a).

Las modificaciones del anexo III de la Directiva 2004/37/CE son sólo el inicio de un proceso de actualización que se desarrollará a más largo plazo. Esa labor se concretará, cuando proceda, en propuestas de futuras revisiones de los valores límite establecidos en la Directiva 2004/37/CE y en la presente Directiva, así como en propuestas de valores límite adicionales.

6. TEXTOS PREPARATORIOS

La ausencia de normas vinculantes de relevancia en el año 2017 obliga a volver la vista a las intenciones de la Comisión Europea, que presentó durante este período diversas propuestas de gran interés que, en el momento de cerrarse estas líneas, todavía no se han consolidado como normas aplicables.

6.1. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea

Como se indica en la larga Exposición de Motivos que precede a su articulado, esta Propuesta de Directiva es una de las acciones clave de la Comisión, que debe tener seguimiento en el Pilar europeo de derechos sociales, al contribuir al progreso del desarrollo del principio 5 sobre «Empleo seguro y adaptable» y el principio 7 sobre «Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido». Así pues, esta propuesta aborda dos retos interrelacionados: en primer lugar,

la mejora de la eficacia de la Directiva 91/533/CEE llevada a cabo en el marco del programa de la Comisión sobre adecuación y eficacia de la reglamentación (REFIT). En segundo lugar, la ampliación de las normas mínimas existentes a los nuevos tipos de relaciones laborales, para tratar de subsanar las divergencias existentes entre el actual acervo social de la UE y la reciente evolución del mercado de trabajo, que se habían puesto de manifiesto tras la consulta pública sobre el Pilar europeo de derechos sociales, así como en la Resolución del Parlamento Europeo de enero de 2017.

Así pues, como se indica en la Exposición de Motivos, el objetivo de esta Propuesta de Directiva es «promover un empleo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral y se mejoran las condiciones de vida y de trabajo». Además del anterior, la Propuesta de Directiva persigue los siguientes objetivos específicos: 1) mejorar el acceso de los trabajadores a la información relativa a sus condiciones laborales; 2) mejorar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores, especialmente de los que desarrollan su actividad en el marco de empleos no convencionales, a la vez que se mantiene el nivel en relación con la capacidad de adaptación y con la innovación del mercado laboral; 3) mejorar el cumplimiento de las normas relativas a las condiciones de trabajo, mediante un control del cumplimiento reforzado y 4) mejorar la transparencia en el mercado de trabajo, evitando, al mismo tiempo, la imposición de cargas excesivas a las empresas de todos los tamaños.

La Directiva propuesta reemplazará la Directiva sobre la obligación de informar por escrito mediante un nuevo instrumento que garantiza la transparencia de las condiciones laborales de todos los trabajadores y define nuevos derechos sustantivos dirigidos a mejorar la previsibilidad y la seguridad de las condiciones de trabajo, especialmente de los trabajadores con empleos precarios. De ello se encargarán las disposiciones del Capítulo II,

relativas a una información actualizada esencial sobre la relación laboral de todos los trabajadores de la Unión, incluidos los dos a tres millones que se calcula están actualmente excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva sobre la obligación de informar por escrito, en virtud de la cual es en las legislaciones de los Estados miembros donde se definen los conceptos de «empleado» y «relación laboral». El ámbito de aplicación personal de la Directiva se aclarará mediante una definición del concepto de «trabajador» basada en jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para decidir si concurre la condición de trabajador, y se ampliará mediante la reducción de las posibilidades de los Estados miembros de excluir a los trabajadores que desempeñan su actividad en el marco de relaciones laborales eventuales o de corta duración. Un nuevo conjunto de requisitos mínimos en el Capítulo III establece los siguientes: un límite en relación con la duración de los períodos de prueba; una norma general que prohíbe impedir al trabajador aceptar trabajo con otro empleador fuera del calendario de trabajo; derechos a una mayor previsibilidad del tiempo de trabajo y a un plazo de preaviso razonable para los que tienen calendarios de trabajo variables; la posibilidad de solicitar una transición a una forma de empleo que ofrezca una previsibilidad y una seguridad mayores, y un derecho a formación obligatoria gratuita.

Esta Propuesta de Directiva constituirá un instrumento eficaz, ya que no se dirige a formas de empleo específicas, que pueden quedar obsoletas fácilmente por la rapidez de los cambios en el mercado laboral. Por el contrario, establece el marco jurídico para una evolución futura de nuevas formas flexibles de empleo.

En este marco, la Propuesta de Directiva responde a los siguientes principios establecidos en el Pilar europeo de derechos sociales:

1°. *Principio 1: Educación, formación y aprendizaje permanente.* Los requisitos de información previstos en el artículo 3 se amplían a fin de cubrir la formación facilitada

por el empleador y el artículo 11 requiere que los Estados miembros se aseguren de que los empleadores proporcionan formación obligatoria gratuita a sus trabajadores, como se exige en la legislación pertinente nacional o de la Unión o en los convenios colectivos.

2°. *Principio 2: Igualdad de género.* La mano de obra que ejerce su actividad en el marco de formas de empleo nuevas y no convencionales y que se beneficiaría especialmente de los derechos materiales establecidos en los capítulos III a VI de la Directiva propuesta está formada predominantemente por mujeres. La Directiva contribuirá, por tanto, al Principio de mejora de la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo.

3°. *Principio 5: Empleo seguro y adaptable.* La ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva propuesta contemplado en los artículos 1 y 2 aborda el principio de que los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en lo que se refiere a las condiciones de trabajo, el acceso a la protección social y la formación «con independencia del tipo y la duración de la relación laboral». El contenido general de la Directiva propuesta pretende lograr un equilibrio entre la mejora de los derechos de los trabajadores y el mantenimiento de «la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico» que contempla el principio 5, letra b), permitiendo asimismo la posibilidad de modificar los requisitos mínimos de las condiciones de trabajo mediante convenios colectivos (artículo 12). La Directiva propuesta aborda también el principio 5, letra d): «Deberán evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. Los períodos de prueba deben tener una duración razonable». Los nuevos derechos materiales respecto de una mayor previsibilidad, la solicitud de una nueva forma de empleo, así como las limitaciones de utilización de las cláusulas de exclusividad

e incompatibilidad responden a la primera parte, mientras que el establecimiento de un plazo máximo de seis meses para períodos de prueba responde a la segunda.

4°. *Principio 7: Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido.* La Directiva propuesta refuerza la actual obligación de facilitar información por escrito, mediante la ampliación y actualización del alcance de la información mínima que debe facilitarse y la reducción del plazo para su entrega, que pasa de dos meses al primer día de la relación laboral, abordando así el elemento del principio 7, letra a), según el cual «al comienzo del empleo» debe haberse facilitado la información.

5°. *Principio 8: Diálogo social y participación de los trabajadores.* Con arreglo al artículo 154 del TFUE, se consultó a los interlocutores sociales sobre el posible alcance de la acción de la Unión para revisar la Directiva sobre la obligación de informar por escrito, y sus respuestas se tuvieron en cuenta en la elaboración de la propuesta de la Comisión. El artículo 12 de la Directiva propuesta ofrece la flexibilidad necesaria para que los requisitos mínimos establecidos en el capítulo III se puedan modificar mediante convenio colectivo siempre que el resultado respete la protección general que otorga la Directiva propuesta.

La propia Propuesta señala un claro valor añadido de la Directiva a la UE: disponer de unas normas mínimas a escala de la UE en relación con la información a los trabajadores es esencial, ya que incrementa la seguridad jurídica tanto para empleadores como para empleados y previene una carrera a la baja entre Estados miembros por lo que se refiere a las condiciones de trabajo. También hace que aumente la previsibilidad para las empresas y facilita la movilidad de los trabajadores en el mercado interior.

El Capítulo I se dedica a las Disposiciones generales y se compone de 3 artículos. El artículo 1, dedicado a la Finalidad, objeto y ámbito de aplicación de la Directiva permite que

los Estados miembros no apliquen las disposiciones de la Directiva a las relaciones laborales de menos de ocho horas al mes. El apartado 4 prevé que, en caso de que las horas de trabajo no se hayan determinado de antemano, por ejemplo, en un empleo según demanda, esta excepción no se aplique porque se desconoce la duración del trabajo. En el apartado 5, se complementa la definición de empleador establecida en el artículo 2, aclarando que, a los efectos de la Directiva propuesta, la función de empleador podrá estar desempeñada por más de una entidad. Por ejemplo, en el caso de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, pueden cumplir los requisitos de información contemplados en el artículo 3 en parte una empresa de trabajo temporal y en parte la empresa usuaria. Con objeto de evitar la imposición de cargas desproporcionadas a los hogares particulares, los Estados miembros pueden decidir, con respecto a las personas físicas que emplean a trabajadores domésticos, la no aplicación de los derechos relativos a pedir una nueva forma de trabajo y a la formación obligatoria gratuita y la aplicación de presunciones favorables en el caso de que falte información.

La Directiva 2009/13/CE por la que se aplica el Acuerdo relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, celebrado entre los interlocutores sociales, y se modifica la Directiva 1999/63/CE, y la Directiva (UE) 2017/159 por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo en la pesca, celebrado entre los interlocutores sociales, contienen disposiciones específicas sobre las relaciones laborales de los marineros y las relaciones laborales de los pescadores. Por eso, en el apartado 7 del artículo 1 se aclara que el capítulo II de la Directiva propuesta se aplica sin perjuicio de las mencionadas Directivas.

El artículo 2 fija los criterios que definen la condición de trabajador a efectos de la Directiva propuesta. Estos criterios se basan en la jurisprudencia que ha desarrollado el TJUE desde el asunto C-66/85 *Laurie-Blum*. Se trata de evitar que un número creciente de trabajadores que desempeñan su actividad en el

marco de formas de empleo no convencionales, como los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales o los trabajadores de las plataformas en línea, queden excluidos de dicho ámbito de aplicación. La Directiva propuesta se aplicaría a estos trabajadores, siempre que cumplirían los criterios contemplados anteriormente.

El Capítulo II, titulado «Información sobre la relación laboral», contiene y actualiza la Obligación de informar los requisitos mínimos de información, introduciendo nuevos elementos a los ya fijados en la anterior Directiva. El artículo 4 fija nuevos calendarios y medios de información, en línea con lo dispuesto en el Pilar europeo de derechos sociales y permite la información por vía electrónica. También se establecen requisitos de información adicional para los trabajadores o desplazados o enviados al extranjero durante más de cuatro semanas consecutivas (artículo 5).

El Capítulo III aborda los «Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo», en concreto la duración máxima de los períodos de prueba (artículo 7), que queda fijada en 6 meses con carácter general, de acuerdo con la «duración razonable» exigida para ellos por el Pilar europeo de derechos sociales. También se permite el empleo en paralelo (artículo 8) y la previsibilidad mínima del trabajo (artículo 9), de modo que «si un trabajador tiene un calendario de trabajo variable en el que es el empleador y no el trabajador el que determina el calendario de las tareas asignadas». Especialmente interesante es el contenido del artículo 10, que, de nuevo en línea con el Pilar europeo de derechos sociales, permite a los trabajadores «pedir una forma de trabajo que ofrezca una seguridad y una previsibilidad mayores; por ejemplo, trabajadores que deseen cambiar a una relación laboral a tiempo completo, una relación laboral con un mayor número de horas retribuidas garantizadas o con un calendario más estable».

El Capítulo IV se dedica a los Convenios colectivos, permitiéndoles incrementar el gra-

do de protección de las normas mínimas establecidas en los artículos 7 a 11.

Bajo el título de «Disposiciones horizontales», el Capítulo V se ocupa del cumplimiento de estas disposiciones, así como el derecho a reparación (artículo 15) y, en su caso, indemnización, por incumplimiento de los derechos establecidos en la Directiva propuesta. A continuación, se proporciona a los trabajadores que se quejen del incumplimiento una protección contra el trato o las consecuencias desfavorables (artículo 16) y contra el despido y se atribuye al empleador la carga de la prueba para demostrar que el despido se ha debido a otras razones objetivas. (artículo 17). Finalmente, el artículo 18 exige a los Estados miembros que establezcan sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias por incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, y que se aseguren de que estas se aplican.

6.2. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo

Como se ha adelantado, y reflejado en la prensa, la conciliación parece que va a cobrar nuevas fuerzas en el panorama legislativo de la Unión. Junto con el Pilar, la Comisión presentó en 2017 un paquete de trabajo sobre esta materia, compuesto por una propuesta de Directiva [COM (2017) 253 final], su anexo y una Comunicación al respecto.

La propuesta de Directiva relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores introduce el derecho para los trabajadores con hijos hasta doce años de edad a solicitar modalidades de trabajo flexibles para ocuparse de sus obligaciones familiares; los empleadores están obligados, por tanto, a tomar en consideración las peticiones de modalidades de

trabajo flexibles y responder a ellas, teniendo en cuenta las necesidades tanto de los empleadores como de los trabajadores, así como a justificar cualquier denegación de estas peticiones. Los empleadores tendrán asimismo la obligación de tomar en consideración y responder las peticiones para volver al modelo de trabajo inicial.

Formalmente, merece la pena destacar que la propuesta pretende sustituir la vigente Directiva 2010/18/UE sobre permiso parental, esto es, transformar una de las Directivas surgidas de un Acuerdo Marco, la primera de ellas de hecho, en una Directiva ordinaria. No tiene verdadera trascendencia jurídica, pero es un hito inusitado en la trayectoria del Derecho social de la UE, que la Comisión justifica por el cambio de base jurídica. La propuesta, por añadidura, va más allá de dicho texto y pretende ofrecer un enfoque global de la cuestión.

Entre las novedades más relevantes se cuenta, en primer lugar, el establecimiento de un permiso de paternidad mínimo, hasta ahora inexistente en el acervo de la UE. Se proponen diez días como suelo común, sin perjuicio de las mejoras nacionales. Esta medida avanza en la línea de corresponsabilidad y asunción de cargas familiares por los hombres, uno de los problemas detectados en la puesta en práctica de la anterior normativa. Al excluir cualquier consideración sobre el vínculo legal con la madre, la cuestión queda en manos de la biología y los problemas derivados de las parejas del mismo sexo no son abordados por la propuesta.

El permiso parental, propiamente, es el menos afectado por la reforma en cuestiones «vistas». La edad del menor pasará de ocho a doce años, pero la mayor parte de la regulación se mantiene, repartida en diversos preceptos de la propuesta. Por su parte, el artículo 7 se refiere a los permisos por fuerza mayor relacionada con familiares, ya recogidos en la Directiva vigente.

El «permiso de cuidadores» (*carers' leave*), regulado en el artículo 6, establecerá cinco

días de permiso para ocuparse de la salud de familiares, conforme a la definición de la propia propuesta. Esta es una novedad de gran relieve, si bien la remuneración no queda claramente definida en el texto de la Directiva. Esta cuestión es abordada en el artículo 8, donde se deja a los Estados su establecimiento, ofreciendo la prestación por enfermedad como referencia mínima. La referencia a «*payment*» o «*allowance*» parece abrir la posibilidad a que estos permisos sean abonados por el empresario o en forma de prestación pública. Es de imaginar que éste será uno de los puntos más conflictivos en la tramitación, como se ve reflejado en la memoria de la propuesta.

El texto es innovador también en lo referente a la tutela de estos derechos. En línea con la Directiva 2006/54/CE o las Directivas de 2000, contiene una serie de artículos donde se insiste en la necesidad de establecer medidas de protección, legales y administrativas, para quienes ejerzan estos derechos.

La propuesta va acompañada de una Comunicación de la Comisión [COM (2017) 252 final], donde se realiza un completo análisis del marco de esta medida. Contiene así mismo propuestas de medidas no legislativas, que acompañarán a la puesta en práctica.

6.3. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera

Esta Propuesta trata de hacer frente a los riesgos de inadecuación de las condiciones de trabajo de los conductores. Parte de la idea de que las disposiciones sobre el desplazamiento de trabajadores y los requisitos administrativos no se adecuan a la gran movilidad que ca-

racteriza al trabajo de los conductores del sector del transporte internacional por carretera, generándose cargas reglamentarias excesivas para los operadores y obstáculos injustificados a la prestación de servicios transfronterizos. De acuerdo con lo indicado en su amplia Exposición de Motivos, esta Propuesta «contribuye a dos de las prioridades de la actual Comisión, a saber, crear ‘un mercado interior más justo y profundo’ y fomentar ‘el aumento de los puestos de trabajo y la inversión’. La propuesta es coherente con las actuaciones destinadas a combatir la injusticia social y la competencia desleal y a crear un marco social para nuevas oportunidades de empleo y condiciones comerciales justas».

Con esta Propuesta se modifican las siguientes normas: 1) la Directiva 2006/22/CE, al tiempo que establece normas sectoriales específicas sobre el desplazamiento de los trabajadores en relación con las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE; 2) La Directiva 2006/22/CE se basa en el actual artículo 91, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y esta disposición debe utilizarse como base para su modificación; 3) Las Directivas 96/71/CE y 2014/67/UE se basan en el actual artículo 53, apartado 1, del TFUE. No obstante, dado que las normas de la presente propuesta se refieren exclusivamente a situaciones específicas a la prestación de servicios de transporte, procede basarse en el artículo 91, apartado 1, del TFUE.

6.4. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n.º 561/2006 en lo que se refiere a los requisitos mínimos sobre los tiempos de conducción máximos diarios y semanales, las pausas mínimas y los períodos de descanso diarios y semanales y el Reglamento (UE) n.º 165/2014 en lo que se refiere al posicionamiento mediante tacógrafos

El establecimiento de requisitos más estrictos para el uso de los tacógrafos ha contribuido a un control más eficiente y coherente

del cumplimiento de la legislación en toda la UE. La Propuesta está estrechamente vinculada a la iniciativa para mejorar el control del cumplimiento de las normas sobre el tiempo de conducción y de descanso y para establecer criterios sectoriales específicos para el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera. También está estrechamente vinculada a la revisión de las normas de mercado sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera [Reglamento (CE) n.º 1071/2009], el acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera [Reglamento (CE) n.º 1072/2009] y el acceso al mercado internacional del transporte de viajeros [Reglamento (CE) n.º 1073/2009]. Se trata de conseguir el objetivo de aumentar la eficacia de la legislación y reducir las cargas reglamentarias para las empresas. Y lo hace principalmente simplificando las normas y adaptándolas a las necesidades del sector y mejorando la utilización de los equipos de registro digital de datos (tacógrafos) para que los controles sean más eficientes. Aunque se prevé un ligero aumento de los costes que habrán de sufragar las autoridades nacionales de control del cumplimiento de la legislación, dicho aumento está justificado por la mejora de las condiciones de trabajo de los conductores y de las condiciones empresariales para los operadores. Ello permitirá ahorrar costes por incumplimiento. Asimismo, gracias a la propuesta, el control del cumplimiento de la legislación resultará más eficiente, por ejemplo mediante la mejora de las características del futuro tacógrafo «inteligente». La propuesta no exime a las microempresas, pues ello generaría un riesgo de desigualdad de las condiciones de la competencia y de las condiciones de trabajo.

Asimismo, la Propuesta se ajusta a los objetivos de la agenda social de la Comisión, uno de los cuales es garantizar unas condiciones de trabajo dignas y una protección social adecuada, y a la iniciativa sobre la creación de un Pilar de derechos sociales de la UE. Así se afirma que «Las disposiciones de la presente propuesta sobre el descanso semanal están destinadas a mejorar

la flexibilidad para los operadores y, al mismo tiempo, permitir a los trabajadores contar con períodos de descanso adecuados y favorecer la posibilidad de disfrutar de este descanso en casa o en un alojamiento adecuado».

Las principales modificaciones del anterior Reglamento (CE) n.º 561/2006 se centran en los tiempos de conducción y descanso. Así:

1º. Se modifica su artículo 3 con arreglo a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-317/12 *Lundberg*, para eximir de la obligación de tener o utilizar un tacógrafo o una tarjeta de conductor para registrar los tiempos de conducción y los períodos de descanso a los particulares que utilicen vehículos que entren en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) n.º 561/2006 para el transporte de pertenencias privadas para sus propios fines.

2º. También se ordena el registro de cualquier otro trabajo del conductor distinto de la conducción y los períodos de disponibilidad (artículo 6), que pueden producir fatiga y crear un riesgo para la seguridad vial.

3º. En cuanto a los períodos de descanso, se permite que los conductores que conduzcan en equipo podrán hacer pausa obligatoria en un vehículo que conduzca otro conductor (artículo 7) y se modifica y flexibiliza el descanso semanal para adaptarlo a las necesidades del sector y a los horarios de transporte (artículo 8). Además, se ordena que las empresas organicen los horarios de transporte para facilitar que puedan regresar a su hogar a disfrutar del descanso semanal al menos una vez cada tres semanas.

Las modificaciones del Reglamento (UE) n.º 165/2014 afectan al transporte transfronterizo, en el que juegan un importante papel los tacógrafos, «inteligentes».

7. APÉNDICE: LA PRESENCIA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA NORMATIVA DE LA UE

La presencia de la Carta Social Europea en la producción normativa de la Unión Eu-

ropea es mínima. En el Derecho originario, las menciones son simbólicas. El contenido en el Tratado de la Unión Europea limita a una aparición programática en el Preámbulo («Confirmando su adhesión a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961»). Por otra parte, en el Tratado de Funcionamiento sigue figurando la afirmación introducida en el Tratado de Amsterdam. En 1997 se añadió, en efecto la mención de la Carta de 1989 y de la propia Carta Social Europea, una alusión muy particular, por referirse, como es sabido, a un ordenamiento que no es el comunitario, pero del que sí forman parte todos y cada uno de los Estados miembros, en el art. 136 TCE (actual artículo 151 TFUE). Tiempo atrás, la Comisión había invitado a los Estados miembros a ratificar la citada Carta, ya en los años 60.

La Carta Social Europea puede encontrarse en textos pasados que pertenecen a los momentos iniciales de la Comunidad Económica Europea, como la *Recomendación de la Comisión a los Estados miembros sobre la actividad de los servicios sociales respecto de los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad de 1962*. A su vez, el artículo 19 de la Carta Social Europea, que reconoce a toda persona del derecho a beneficiarse de los servicios sociales competentes y, para los trabajadores migrantes y sus familias, del derecho a protección y a asistencia, su inspiración y principal antecedente puede encontrarse en la *Recomendación de la Comisión de 7 de julio de 1965 a los Estados miembros, relativa a la vivienda de los trabajadores y de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad*.

En general, la aparición de la Carta en el Derecho de la Unión Europea no ha pasado de simples menciones, una mera cláusula de estilo. Así se puede apreciar en las siguientes normas: la Recomendación de la Comisión de 18 de julio de 1966 a los Estados miembros para fomentar la orientación profesional; la Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo de 23 de julio de

1996 sobre el Año Europeo contra el Racismo (1997); la Decisión n° 50/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de diciembre de 2001, por la que se aprueba un programa de acción comunitario a fin de fomentar la cooperación entre los Estados miembros para luchar contra la exclusión social; la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación fa-

miliar; la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatus de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y, en fin, la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011 por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

III. Jurisprudencia

Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2017) y apéndice sobre la Carta Social Europea

Review of jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (2017) and appendix on the European Social Charter

JOSÉ MARÍA MIRANDA BOTO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS: 2.1. Discriminación por razón de nacionalidad. 2.2 Competencia judicial en materia de contrato de trabajo. 3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 4. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN: 4.1. Campo de aplicación de los Reglamentos y principio de igualdad de trato. 4.2. Ley aplicable. -5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN: 5.1. Igualdad por razón de sexo. 5.2. Prohibición de discriminación por razón de edad. 5.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad. 5.4. Prohibición de discriminación por razón de religión. 6. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO: 6.1. Trabajo de duración determinada. 6.2. Trabajo a tiempo parcial. 6.3. Tiempo de trabajo. 6.4. Insolvencia empresarial. 6.5. Transmisión de empresas. 6.6. Despido colectivo. APÉNDICE: LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. INTRODUCCIÓN

2017 fue un año que puso de manifiesto, con insistencia, la creciente importancia de la jurisprudencia europea en el Derecho del Trabajo español. Una parte muy considerable de las sentencias sociales del Tribunal de Justicia procedieron de nuestro país. Ciertamente es que ninguna tuvo el relumbramiento de las de septiembre de 2016, pero abordaron aspectos de gran relevancia. En todo caso, este año quedará para el recuerdo por las primeras sentencias sobre discriminación por religión, las conocidas *sentencias del velo*, que abrieron el camino de una considerable serie de pronunciamientos sobre otros aspectos de la religión en 2018.

2. LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

2.1. Discriminación por razón de nacionalidad

En línea con los últimos años, las sentencias en materia de libre circulación se ocupan, cada vez, de temas de menor interés, cuestiones puntuales de detalle, muy alejadas de grandes construcciones de una ciudadanía europea.

Tal es el caso, por ejemplo, de la sentencia *Bechtel*¹. De acuerdo con ella, un Estado miembro, en virtud del artículo 45 TFUE, no puede impedir que un contribuyente que reside en ese

* Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Sentencia de 21 de junio de 2017, *Wolfram Bechtel, Marie-Laure Bechtel y Finanzamt Offenburg*, asunto C-20/16 (ECLI:EU:C:2017:488).

Estado miembro, y que trabaja para la Administración Pública de otro Estado miembro, deduzca de la base imponible del impuesto sobre la renta en su Estado miembro de residencia las cotizaciones por jubilación y enfermedad retenidas sobre su salario en el Estado miembro de empleo, a diferencia de las cotizaciones similares pagadas a la Seguridad Social de su Estado miembro de residencia, cuando, de acuerdo con el Convenio para evitar la doble imposición entre los dos Estados miembros, el salario no puede tributar en el Estado miembro en que reside el trabajador y sólo incrementa el tipo de gravamen aplicable a los otros ingresos.

El mismo patrón de minuciosidad sigue la sentencia *Federspiel*². Su doctrina puede sintetizarse en que un Estado miembro puede supeditar la concesión de una asignación destinada a obtener formación médica complementaria en otro Estado miembro a la condición de que el beneficiario ejerza su actividad profesional en el primer Estado miembro durante cinco años en los diez años siguientes a la obtención de la especialidad o, en su defecto, a que restituya hasta el 70% del importe de la asignación percibida, más los intereses. No obstante, esta medida puede ser contraria al Derecho de la UE si no contribuye de manera efectiva a perseguir los objetivos de protección de la salud pública y de equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social y va más allá de lo necesario a tal efecto³.

En contraste, la sentencia *Erzberger*⁴ despertó un gran interés al plantearse la cuestión prejudicial, puesto que se consideró que podía llegar a poner en cuestión el sistema alemán de cogestión. Este, en efecto, sólo tiene en cuenta

a los efectos de la elección del poderoso consejo de supervisión a los trabajadores de un grupo empleados en la propia Alemania. El accionista de una empresa del sector turístico, que sólo emplea en Alemania al 20% de su plantilla, cuestionó esta medida, al entender que podía vulnerar la libre circulación de los trabajadores empleados en las filiales no alemanas.

En realidad, fue el parto de los montes, puesto que el resultado de la decisión del Tribunal de Justicia fue que no es contrario al Derecho de la Unión Europea que sólo los trabajadores empleados por un grupo de sociedades en un Estado miembro participen en las elecciones de sus representantes en dicho Estado miembro, así como en órganos de cogestión, excluyendo a los trabajadores de dicho grupo en otros Estados miembros⁵.

Aunque en los últimos tiempos el Tribunal de Justicia ha dictado una serie de sentencias que trataban severamente a los ciudadanos no activos económicamente, la sentencia *Gusa*⁶ continuó protegiendo a quienes se han integrado en los mercados laborales de los Estados a los que se han desplazado. De acuerdo, con este pronunciamiento, ha de considerarse trabajador por cuenta propia a un ciudadano natural de un Estado miembro que, tras haber residido legalmente y ejercido una actividad como trabajador por cuenta propia en otro Estado miembro alrededor de cuatro años, ha abandonado esa actividad como consecuencia de la falta de trabajo motivada por causas ajenas a su voluntad y se ha inscrito ante el servicio de empleo competente de este último Estado miembro con el fin de encontrar un trabajo. Este tratamiento tiene efectos en materia de igualdad de trato en el acceso a subsidios de desempleo⁷.

² Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Sabine Simma Federspiel y Provincia autonoma di Bolzano, Equitalia Nord SpA*, asunto C-419/16 (ECLI:EU:C:2017:997).

³ Comentada en M. SAFJAN, «Reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos de médico: enumeración de los médicos especialistas en formación: TJ, Sala Tercera, 20 Dic. 2017. Asunto C-419/16: *Simma Federspiel*», *La Ley Unión Europea*, nº 55, 2018

⁴ Sentencia de 18 de julio de 2017, *Konrad Erzberger y TUI AG*, asunto C-566/15 (ECLI:EU:C:2017:562).

⁵ Objeto de comentario en E. SCHANZE, «Die Pluralität der Mitbestimmungslösungen in Europa (Kommentar zu EuGH v. 18.7.2017-C-566/15-Konrad Erzberger / TUI AG)», *Die Aktiengesellschaft*, nº 16, 2017, pp. 573-576.

⁶ Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Florea Gusa y Minister for Social Protection, Irlanda, Attorney General*, asunto C442/16 (ECLI:EU:C:2017:1004).

⁷ Sobre ella, F. J. HIERRO HIERRO, «Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y límites

2.2. Competencia judicial en materia de contrato de trabajo

La más interesante de las sentencias de este período tuvo que ver con un aspecto que nació como complementario de la libre circulación, una pura materia de Derecho internacional privado. En efecto, el caso *Nogueira y otros*⁸ fue recibido como un importante paso a la hora de determinar con claridad las condiciones laborales de la compañía aérea Ryanair. Un año después, no obstante, este entusiasmo debe atemperarse.

La práctica habitual de la compañía irlandesa era incluir en sus contratos la sumisión a la legislación laboral irlandesa y a los Tribunales de este país, alegando la matriculación de sus aviones en Irlanda y su domicilio social. El problema surgió cuando un trabajador español, con base en el aeropuerto belga de Charleroi, demandó a su antigua empresa en Bélgica, conforme a la normativa belga. El contrato de trabajo, por otra parte, se había firmado en España, pero nuestro país permaneció ajeno al litigio. En el otro caso acumulado, los diversos trabajadores implicados habían celebrado el contrato el contrato con una empresa irlandesa, Crewlink, que los ponía a disposición de Ryanair. Las cláusulas y la base eran las mismas.

La duda de Derecho de la UE surgió en un Tribunal belga al interpretar el Reglamento Bruselas I [Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil]. La pregunta planteada en uno de los asuntos buscaba determinar si la noción de «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo», usada

en este Reglamento, coincide con la de «base» que emplean el Reglamento (CEE) n° 3922/91 y el Reglamento (CE) n° 883/2004.

En la primera parte de su argumentación, el Tribunal negó cualquier validez a la cláusula pactada de sumisión a Irlanda. En efecto, esta no cumplía ninguno de los requisitos del artículo 21 del Reglamento Bruselas I, al no ser posterior al litigio ni aumentar las posibilidades del trabajador. Esta declaración implicaba que resultaba aplicable al caso la cláusula general del «lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo» del artículo 19.2.a) del Reglamento.

Salta a la vista el problema que se plantea con personas para las que volar es su oficio, lo que está siendo tomado en detenida consideración en la reforma que se está estudiando del Reglamento (CE) n° 883/2004, en materia de Seguridad Social, por ejemplo. Para situaciones como ésta, el Tribunal ya había señalado anteriormente que era preciso identificar el lugar con el cual el litigio tiene el punto de conexión más significativo, a los efectos de designar el juez mejor situado para pronunciarse, como de garantizar una protección adecuada al trabajador. Y aquí la sentencia dio el giro inesperado: la noción de «base» del Reglamento (CEE) n° 3922/91 no es asimilable al lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo. Podrían separarse, entonces, la ley aplicable en materia de Seguridad Social y el foro en materia laboral.

Ahora bien, nótese el uso del condicional. La sentencia consideró que la determinación de cara al Reglamento Bruselas I del lugar de trabajo descrito había de emplear una serie de indicios. Entre ellos, la base tendría un papel muy significativo. De hecho, sólo desaparecería como indicio principal en situaciones que «presentasen unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa 'base'». Lo que también descartó la sentencia fue que el criterio de matriculación de las aeronaves fuese válido.

La conclusión que se extrae de esta sentencia es que la base es útil como criterio, pero

al subsidio para demandantes de empleo: intereses no siempre concordantes», *Trabajo y Derecho*, 2018, en prensa.

⁸ Sentencia de 14 de septiembre de 2017, *Sandra Nogueira, Víctor Pérez Ortega, Virginie Mauguit, María Sánchez O'Dogherty, José Sánchez Navarro y Crewlink Ireland Ltd* (C-168/16) y *Miguel José Moreno Osácar y Ryanair Designated Activity Company, anteriormente Ryanair Ltd* (C-169/16) (ECLI:EU:C:2017:688).

no el único y ni el absoluto. Cuando los hechos concurren con su definición, será perfectamente válido, pero siempre dejando la puerta abierta a otras posibilidades basadas en la realidad fáctica⁹.

3. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La llamada «economía colaborativa», cuya misma denominación podría ser objeto de amplio debate, empieza a ser encajada, judicialmente, en las normas vigentes, tras su vigorosa irrupción en la anomia de los últimos años. La sentencia *Asociación Elite Taxi*¹⁰ supuso un hito importantísimo en esa configuración. Son indicios de esta importancia el hecho de que el caso se resolviese en formación de Gran Sala y de que ocho Gobiernos, además de la Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC, formularan observaciones.

De esta decisión parece seguirse como colateral que los conductores de Uber son trabajadores, pero no puede desconocerse que este fallo no proviene de un litigio social, sino mercantil. La conclusión enunciada es, pues, un *daño colateral* del fallo y no su objetivo primordial. Porque este era, en efecto, un caso procedente del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, ante el que se sustanciaba un litigio por competencia desleal, y en el que las normas europeas que suscitaban dudas se referían a los servicios de la sociedad de la información, el comercio electrónico y los servicios en el mercado interior. La cuestión prejudicial buscaba determinar, en esencia, «si los servicios prestados [por Uber] deben considerarse

servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios». Merece la pena señalar que la asociación de taxistas intentó negar la competencia del Tribunal de Justicia, alegando que suponía pronunciarse sobre cuestiones de hecho, con escaso éxito. El mismo destino corrieron las diversas alegaciones estatales sobre la admisibilidad de la cuestión.

Superados todos estos obstáculos, la decisión del Tribunal de Justicia fue de una llamativa brevedad: en quince párrafos quedó despachada la naturaleza jurídica de Uber. El punto de partida era una simple distinción: intermediar el transporte no es transporte, sino servicio de la sociedad de la información, mientras que un servicio de taxi es servicio en el ámbito del transporte. Ahora bien, tal distinción no era aplicable al caso, puesto que Uber no se limita a la simple intermediación.

El punto clave de la sentencia es el apartado 39, donde el Tribunal hace, sin decirlo, una reflexión sobre las ideas de dependencia y subordinación en el siglo XXI: «ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. (...) Establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos».

Este análisis fue seguido en la sentencia, inmediatamente, por una referencia a la jurisprudencia del propio Tribunal: «el concepto de ‘servicio en el ámbito de los transportes’ engloba no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte». Consecuencia automática, Uber no quedaba dentro del ámbito de los servicios de la sociedad de la información, ni tampoco dentro del campo de aplicación de la liberalizadora

⁹ Objeto de comentario en M. C. VAQUERO LÓPEZ, «La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional: (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16: Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Ryanair Designated Activity Company)», *La Ley Unión Europea*, nº 54, 2017.

¹⁰ Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Elite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*, asunto C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

Directiva 2006/123/CE, que excluye los servicios de transporte.

La inexistencia de medidas específicas adoptadas en el marco de la política común de transportes a propósito del transporte urbano no colectivo llevaba, a ojos del Tribunal, a permitir a cada Estado regular las condiciones de prestación de este tipo de servicios¹¹.

La sentencia, en todo caso, deja abiertas cuestiones de futuro, como una hipotética normativa común en este campo, al amparo del artículo 91 TFUE; una armonización espontánea de los criterios nacionales; o, por el contrario, una reacción centrífuga donde cada Estado, valorando sus propios intereses, flexibilice el acceso a su mercado de transportes de este tipo de servicios. La última palabra no se ha escrito todavía, si bien en 2018 el Tribunal de Justicia ratificó su criterio en un nuevo pronunciamiento.

En un campo completamente diferente, la sentencia *Comisión contra España*¹² supuso una novedad muy considerable. Por primera vez, España fue objeto de la imposición de una sanción pecuniaria por un incumplimiento en materia social. No era, obviamente, el primer incumplimiento de España ni, de la misma forma, la primera sanción que recibía nuestro país por un encaje defectuoso con el ordenamiento de la Unión. Pero supuso un hito en un historial más o menos acertado de respeto de la normativa social europea.

La primera sentencia *Comisión contra España*¹³ en este campo estudió la compatibilidad

del Real Decreto Legislativo 2/2011, el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, con el Derecho de la Unión Europea. Hay que subrayar que la disidencia procedía del contraste con el Derecho de la competencia, no con la normativa social. Esta es una situación, en todo caso, que no es infrecuente en la práctica del Tribunal de Justicia: basta con recordar las sentencias de los años 90 sobre servicios de colocación para poder apreciar el impacto en la regulación de las relaciones laborales que tienen este tipo de decisiones¹⁴. La sentencia, dictada tres años y diecinueve días después de que la Comisión iniciara el procedimiento por incumplimiento, condenó a España. Era debido, pues, «adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal» (art. 260.1 TFUE).

La sentencia recogió los avatares, bien conocidos, del intento de poner remedio al incumplimiento. El intento de solución a través de un proceso de diálogo y negociación con representantes sindicales y empresariales del sector no condujo a buen puerto y la Comisión no consideró cumplida la obligación hasta el Decreto-Ley 8/2017¹⁵. Esta norma condujo a la Comisión a renunciar a su petición de multa, pero no a la de sanción a tanto alzado. Las alegaciones del Gobierno de España reflejadas en la sentencia se centraban en la buena fe demostrada en los intentos de elaboración de un proyecto de ley pactado y en las excepcionales

¹¹ Comentada, entre otros lugares, en Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, «Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo: Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L.», *La Ley Unión Europea*, nº 57, 2018; B. GOMES, «Les plateformes en droit social: l'apport de l'arrêt 'Elite Taxi contre Uber'», *Revue de droit du travail*, nº 2, 2018, pp. 150-156.

¹² Sentencia de 13 de julio de 2017, *Comisión Europea contra Reino de España*, asunto C-388/16 (ECLI:EU:C:2017:548).

¹³ Sentencia de 11 de diciembre de 2014, *Comisión Europea contra Reino de España*, asunto C-576/13 (ECLI:EU:C:2014:2430).

¹⁴ Una panorámica general en A. PAZOS PÉREZ, «La jurisprudencia del TJUE sobre la estiba portuaria», en J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.), *La toma de decisiones en el ámbito marítimo: su repercusión en la cooperación internacional y en la situación de las gentes del mar*, BOMARZO, ALBACETE, 2016, pp. 229 y ss; M. I. RIBES MORENO, «La movimentazione delle merci nei porti in Spagna e il diritto dell'Unione europea (Commento a C. Giust. 11 dicembre 2014 C-576/13)», *Diritto Lavori Mercati*, 3, 2015.

¹⁵ Sobre el régimen de este último, C. MOLINA NAVARRETE, «Libertad de empresa, seguridad en el empleo y subrogación adaptativa: a propósito del desregulador nuevo régimen de la estiba», *CEF- Trabajo y Seguridad Social*, 141, pp.105 y ss. Reflexiones de gran interés sobre esta cuestión en M. I. RIBES MORENO, «Amarradores y pérdida de monopolio», en O. Fotinopoulou Basurko (dir.), *Problemas actuales y cambios futuros del Derecho del Trabajo Marítimo*, GOMYLEX, BILBAO, 2017, pp.257 y ss.

circunstancias del Gobierno en funciones entre diciembre de 2015 y octubre de 2016. Recurriendo a una doctrina ya clásica en este tipo de recursos, «un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión». La sentencia señaló además los 29 meses que habían transcurrido entre la sentencia y el Decreto-Ley, «un período de tiempo significativo».

Por su parte, la parte más interesante de las alegaciones de la Comisión se centran en el modo de cálculo de la sanción a tanto alzado, conforme a los criterios recogidos en la Comunicación antes indicada: gravedad de la infracción (10 sobre 20), duración de ésta (el multiplicador del número de días transcurridos entre la primera sentencia y la reparación de su incumplimiento) y necesidad de garantizar el efecto disuasorio de la sanción para evitar reincidencias (factor «n» de 12,51). Todo ello conducía a una cantidad de 27.522 euros diarios, que extendidos a lo largo de 29 meses habría conducido a una onerosa suma cercana a los 30 millones de euros. El Tribunal hizo caso omiso de este modo de cálculo, que no le vincula en modo alguno. De forma que roza la arbitrariedad más absoluta, decidió llevar a cabo una «apreciación equitativa» y condenar a España al pago de 3 millones de euros.

4. SEGURIDAD SOCIAL DE LAS PERSONAS QUE SE DESPLAZAN POR EL INTERIOR DE LA UNIÓN

En materia de Seguridad Social, sucede algo muy similar a lo indicado a propósito de la libre circulación: campos de antigua fecundidad doctrinal se ven ahora asolados por el detalle menor, confinando el interés de estas sentencias en el estrecho campo del experto en la materia¹⁶.

¹⁶ La mejor obra reciente sobre la materia, D. CARRASCOSA BERMEJO, «Capítulo 19. Coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social», en (V.V.A.A., M. E. CASAS BAAMONDE et al,

4.1. Campo de aplicación de los Reglamentos y principio de igualdad de trato

Buen ejemplo de lo indicado es el caso *Tolley*¹⁷. Conforme a lo dictado por el Tribunal de Justicia, un subsidio para discapacitados, como el previsto en la legislación británica, encaminado a cubrir los gastos adicionales exigidos por ciertos tipos de asistencia o derivados de la incapacidad o práctica incapacidad para caminar ha de ser considerado como una prestación por enfermedad a los efectos de los Reglamentos de Seguridad Social. El hecho de que una persona haya estado sujeta a la legislación de un Estado miembro y haya adquirido derechos a una pensión de jubilación no impide que dicha legislación pueda dejar de serle aplicable en el futuro si, por ejemplo, rompe sus conexiones con dicho Estado miembro al trasladarse a otro. Sin embargo, no cabe someter la exportación de dicha prestación a un requisito de residencia, pero sí que cabe condicionarla a la obtención de una autorización por parte del Estado competencia para realizar el desplazamiento a otro Estado miembro.

La sentencia *Martínez Silva*¹⁸, por su parte, tiene el rasgo destacado de ser la primera vez que la Directiva 2011/98/CE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, es estudiada por el Tribunal de Justicia. De acuerdo con este pronunciamiento,

dirs.), *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 509-557.

¹⁷ Sentencia de 1 de febrero de 2017, *Secretary of State for Work and Pensions y Tolley*, asunto C-430/15 (ECLI:EU:C:2017:74).

¹⁸ Sentencia de 21 de junio de 2017, *Kerly Del Rosario Martínez Silva e Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Comune di Genova*, asunto C-449/16 (ECLI:EU:C:2017:485).

las personas que se encuentran en la situación regulada por esta norma gozan de igualdad de trato con los trabajadores nacionales del Estado miembro en el que residan en lo que se refiere a las ramas de la Seguridad Social. Por ese motivo, un Estado miembro no puede denegarles la percepción de una prestación familiar como el subsidio para familias nucleares con al menos tres hijos menores de la legislación italiana.

4.2. Ley aplicable

Curiosamente, 2017 ha sido un año fecundo en sentencias sobre ley aplicable en materia de Seguridad Social, que suelen escasear. Como es sabido, el Título II del Reglamento (CE) n° 883/2004 contiene un sistema de conflicto de leyes que conduce a la aplicación de una única legislación nacional de Seguridad Social¹⁹. Las cuatro sentencias que siguen han aportado interesantes precisiones.

La sentencia *A-Rosa*²⁰ se ha ocupado de uno de los pilares administrativos del sistema, los documentos expedidos en un Estado que certifican la conexión con su legislación de Seguridad Social. De acuerdo con esta sentencia, en el marco de los Reglamentos de Seguridad Social, el certificado E-101 (en la actualidad, el A1) vincula tanto a las instituciones de Seguridad Social del Estado miembro en el que se efectúe el trabajo como a los órganos jurisdiccionales de ese Estado miembro, incluso cuando éstos comprueben que las condiciones en que se desarrolla la actividad del trabaja-

dor de que se trate quedan manifiestamente fuera del ámbito de aplicación material de las disposiciones de los Reglamentos.

Ya entrando en los complejos casos de pluriactividad transnacional, la primera sentencia *X*²¹ señaló que, a los efectos de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una persona que reside y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro y que, durante un período de tres meses, disfruta de una excedencia no retribuida y ejerce una actividad por cuenta ajena en el territorio de otro Estado miembro debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de los Reglamentos. Para ello, es necesario que durante la excedencia se considere que ejerce una actividad por cuenta ajena en virtud de la legislación en materia de Seguridad Social del primer Estado miembro y, por otra, la actividad ejercida en el territorio del segundo Estado miembro debe tener carácter habitual y significativo.

A su vez, la segunda sentencia *X*²², de mismo día y misma fecha, indicó que, a los efectos de la determinación de la ley aplicable en materia de Seguridad Social, una persona que ejerce una actividad por cuenta ajena para un empresario establecido en el territorio de un Estado miembro y reside en otro Estado miembro en cuyo territorio ejerció, en el año transcurrido, una parte de esa actividad por cuenta ajena correspondiente a un porcentaje reducido de sus horas de trabajo, sin que existiera un acuerdo previo con su empresario, no debe considerarse una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena en el territorio de dos Estados miembros en el sentido de los Reglamentos.

¹⁹ Sobre esta materia, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «Las normas conflictuales en el sistema de coordinación de regímenes de Seguridad Social», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 132, 2017, pp.249 y ss.

²⁰ Sentencia de 27 de abril de 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH y Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales d'Alsace (Urssaf)*, asunto C-620/15 (ECLI:EU:C:2017:309). Comentada en H. GUICHAOUA, «Le certificat de détachement est-il devenu un obstacle à la lutte contre le travail dissimulé et le dumping social du fait des entreprises étrangères?: À propos de l'arrêt A-Rosa Flussschiff GmbH de la CJUE», *Droit ouvrier*, n° 827, 2017, pp. 329-341

²¹ Sentencia de 13 de septiembre de 2017, *X y Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-569/15 (ECLI:EU:C:2017:673).

²² Sentencia de 13 de septiembre de 2017, *X y Staatssecretaris van Financiën*, asunto C-570/15 (ECLI:EU:C:2017:674)

Por último, la sentencia *Szoja*²³ vino a ratificar algo que ya se venía dando por sentado desde hacía tiempo: las actividades marginales por cuenta ajena no han de ser tenidas en cuenta a la hora de determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social a una persona que ejerce normalmente una actividad por cuenta ajena y una actividad por cuenta propia en diferentes Estados miembros.

5. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Como en otras materias, la tendencia de años anteriores se consolida: las Directivas en materia de igualdad por razón de sexo palidecen en relevancia frente a la pujanza jurisprudencial de la Directiva 2000/78/CE.

5.1. Igualdad por razón de sexo

La sentencia *Kalliri*²⁴, no obstante la valoración adelantada, puso de manifiesto una vez más la potencia del ordenamiento de la Unión Europea para modelar el empleo público en los Estados miembros. Si en anteriores ocasiones el Tribunal de Justicia ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre las edades de acceso a diferentes cuerpos policiales, en este caso ha tenido que juzgar los requisitos de altura existentes en Grecia. Era necesario medir descalzo 1'70 metros para acceder a la Escuela de oficiales y agentes de la Policía helena. La Sra. Kalliri se quedaba a las puertas, al medir 1'68 metros. Tras un largo periplo judicial, el asunto llegó al Consejo de Estado, que planteó la cuestión prejudicial, para que el Tribunal de Justicia considerara o no que tal exigencia era una discriminación indirecta por razón de sexo.

La medida en sí era tan clara que no mereció apenas consideración por parte del Tribunal, que la consideró incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207/CEE (por motivos temporales, ya que el litigio se había originado en 2007) y que debemos entender también aplicable a la vigencia de la Directiva 2006/54/CE. Sí que mereció atención, en cambio, la posible existencia de un objetivo legítimo, con la consiguiente exigencia de que los medios para alcanzarlo sean adecuados y necesarios. La finalidad existe y ya ha sido admitida por el Tribunal anteriormente: garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento de los servicios de policía.

Otra cosa muy diferente era la proporcionalidad y la adecuación. La sentencia no encontró conexión alguna entre la estatura y la capacidad física que el Gobierno griego pretendía garantizar. El hecho de que en otros cuerpos policiales y en las fuerzas armadas se emplearan alturas diferenciadas para hombres y mujeres fue también tenido en cuenta por el Tribunal de Justicia. Constatando que existían medidas mucho menos gravosas y perjudiciales para las mujeres que el establecimiento de una altura mínima, el Tribunal falló que el requisito cuestionado era contrario al Derecho de la Unión Europea.

De mucho menos relevancia fue la sentencia *H*²⁵. De acuerdo con ella, el Derecho de la UE se opone a que la promoción definitiva a un puesto directivo en la función pública esté supeditada al requisito de que el candidato seleccionado supere con éxito un período de prácticas previo de dos años en ese puesto si no es posible articular dicha exigencia con el disfrute de un permiso parental. El objetivo perseguido por ese período de prácticas, que consiste en permitir evaluar la aptitud para ocupar el puesto directivo que ha de cubrirse, no puede justificar las infracciones de dicha cláusula.

²³ Sentencia de 13 de julio de 2017, *Radoslaw Szoja y Sociálna pois ov a, con intervención de WEBUNG, s.r.o.*, asunto C-89/16 (ECLI:EU:C:2017:538).

²⁴ Sentencia de 18 de octubre de 2017, *Ypourgos Esothrikon, Ypourgos Ethnikis Paideias kai Thriskevmaton y Maria-Eleni Kalliri*, asunto C-409/16 (ECLI:EU:C:2017:767).

²⁵ Sentencia de 7 de septiembre de 2017, *H. y Land Berlin*, asunto C-174/16 (ECLI:EU:C:2017:637).

La más relevante de las sentencias en este período, desde un punto de vista español, fue el caso *Otero Ramos*²⁶. La cuestión prejudicial tuvo su origen en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que es uno de los usuarios más frecuentes de este mecanismo. La Sra. Otero Ramos prestaba sus servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña, dependiente del Servizo Galego de Saúde. En diciembre de 2011 tuvo una hija y poco tiempo después del parto informó a su empresario de que ésta recibía lactancia materna y de que las funciones que requería su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes, a las infecciones nosocomiales y al estrés. En consecuencia, presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. Ésta fue denegada, así como la posterior petición de una prestación por riesgo durante la lactancia, al entender que se trataba de un puesto exento de riesgos.

Al impugnar esta decisión ante el Juzgado de lo Social, presentó un escrito de la jefa de servicio de la unidad de urgencias del CHUAC, que indicaba, en esencia, «que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia y para su hija». En los trámites administrativos anteriores, dicha jefa no había tomado parte alguna ni presentado escrito. Atendiendo a la estricta jurisprudencia del Tribunal Supremo

en la materia, la sentencia rechazó la petición. Fue recurrida en suplicación.

Llegado el asunto al TSJ, surgieron las dudas entre los Magistrados encargados de resolver el recurso, en especial en lo concerniente a una aplicación conjunta de la Directiva 92/85/CEE, donde se establece el permiso de lactancia, y la Directiva 2006/54/CE, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, en concreto a propósito de la carga de la prueba en situaciones de posible discriminación. A partir de esta duda, la cuestión prejudicial encadenaba tres preguntas sucesivas sobre los medios de prueba. Todas ellas fueron reformuladas y agrupadas por el Tribunal de Justicia, al entender que el precepto invocado de la Directiva 92/85/CEE no era el más apropiado para la resolución del caso.

En primer lugar, la sentencia analizó cómo se debe llevar a cabo la evaluación de riesgos que pueden afectar a una trabajadora conforme a esta última Directiva, de acuerdo con lo establecido en la detallada Comunicación de la Comisión, de 20 de noviembre de 2000, sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia [COM(2000) 466 final]. La conclusión que de todo ello extrajo fue la necesidad de un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora.

El siguiente paso fue determinar si la situación contenciosa constituía, o no, una discriminación por razón de sexo. No ha de olvidarse que de acuerdo con la Directiva 2006/54/CE, constituye una discriminación «el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE». Considerando las circunstancias del caso, el Tribunal entendió que la Directiva 2006/54/CE era plenamente aplicable y pasó a estudiar de forma conjunta las cuestiones relacionadas con la carga de la prueba.

²⁶ Sentencia de 19 de octubre de 2017, *Elda Otero Ramos y Servizo Galego de Saúde, Instituto Nacional de la Seguridad Social*, asunto C-531/15 (ECLI:EU:C:2017:789). Comentada por B. ALONSO-OLEA GARCÍA, «La protección de la lactancia natural: las consecuencias que se derivan de una evaluación del riesgo incorrectamente practicada. Comentario de la STJUE de 19 de octubre, *Otero Ramos (C-531/15)*», *Revista de derecho de la Seguridad Social*, nº 14, 2018, pp. 143-156.

En este punto, la sentencia incluyó una aclaración muy importante: «las reglas relativas a la prueba previstas en esta disposición no se aplican en el momento en que la trabajadora (...) solicita la adaptación de sus condiciones de trabajo o (...) la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural (...). Estas reglas sólo han de aplicarse en una fase posterior, cuando la trabajadora afectada impugna una decisión relativa a esta evaluación de los riesgos ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente».

Situada, pues, la argumentación del caso en el plano judicial, el Tribunal señaló que, conforme a jurisprudencia anterior, le corresponde a la trabajadora una primera actuación, presentando hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de la discriminación. En este caso concreto, deberían ir encaminados a demostrar que la evaluación de riesgos no se llevó a cabo conforme a lo establecido en la Directiva 92/85/CEE y las directrices. Cumplido ese requisito y sólo entonces se produciría la inversión de la carga de la prueba.

El Tribunal dedicó algunos párrafos a examinar los hechos del caso, en uno de esos característicos despistes en que olvida su papel de intérprete del Derecho de la Unión Europea y juega a ser un Tribunal ordinario. El escrito de la jefa de la trabajadora podría ser ese elemento de prueba necesario y los documentos presentados por el CHUAC carecerían de la motivación suficiente para cumplir las exigencias de la norma europea. Eso sí, como de costumbre, todo esto debería comprobarlo el Tribunal nacional, superado el lapsus del Tribunal de Justicia.

La conclusión del caso, en definitiva, abre la puerta a una intensa fase probatoria en los litigios, y sólo en los litigios, a propósito de los riesgos en la fase de lactancia. No obstante, retomando la indicación previa sobre la duración judicial de este caso, esta sentencia puede verse desprovista de eficacia si el procedimiento que debe resolver el problema se

extiende más allá de la propia duración del período de lactancia. Quizás el artículo 139 LRJS podría ser modificado para dar amparo a una vía urgente y preferente de estudio de cuestiones como ésta, garantizando un efectivo cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y resolviendo así demoras que vacían de contenido, más allá de lo económico, los derechos reconocidos en la Directiva 92/85/CEE, que tienen finalidades añadidas. Otra posibilidad sería que esta doctrina se trasladara, aun dentro del proceso ordinario, a la solicitud de medidas cautelares por la trabajadora, con las debidas reservas.

5.2. Prohibición de discriminación por razón de edad

Una de las causas recogidas en la Directiva 2000/78/CE es la edad, que puede tener incidencia tanto al principio como al final de la relación laboral.

Ejemplo del último escenario es el caso *Fries*²⁷. En él, el Tribunal declaró que el límite de 65 años para ejercer como piloto de aeronaves destinadas al transporte aéreo comercial no es contrario al Derecho de la Unión Europea, puesto que contribuye a mantener un nivel adecuado de seguridad en la aviación civil. Dicho límite no implica la prohibición para intervenir en vuelos en vacío o vuelos de traslado en los que no se transporte pasajeros, carga o correo, ni para actuar como instructor o examinador a bordo.

En el extremo contrario de la vida laboral, la sentencia *Abercrombie & Fitch*²⁸ resolvió que la edad máxima de contratación de 25

²⁷ Sentencia de 5 de julio de 2017, *Werner Fries y Lufthansa CityLine GmbH*, asunto C-190/16 (ECLI:EU:C:2017:513).

²⁸ Sentencia de 19 de julio de 2017, *Abercrombie & Fitch Italia Srl y Antonino Bordonaro*, asunto C-143/16 (ECLI:EU:C:2017:566). Un comentario en C. Inversi, «Forme di lavoro flessibili per i lavoratori più giovani e principio di non discriminazione in base all'età nel caso *Abercrombie & Fitch Italia Srl c. Antonino Bordonaro*», *Diritto delle relazioni industriali: rivista della Associazione lavoro e ricerche*, 27, nº 4, 2017, pp. 1241-1250.

años está justificada en una determinada modalidad, existente en Italia, si responde a objetivos específicos en materia de política social y de empleo, como puede ser el fomento de la contratación de jóvenes, la eliminación de las formas de trabajo ilegales y la adaptabilidad de los asalariados.

5.3. Prohibición de discriminación por razón de discapacidad

De nuevo vuelve el tratamiento de la discriminación por razón de discapacidad, proscribida por la Directiva 2000/78/CE, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Se trata en este caso de la sentencia *Milkova*²⁹ en el marco de una cuestión prejudicial procedente de Bulgaria. Poco a poco, los países del Este de Europa van incorporándose a la dinámica del diálogo con el Tribunal de Justicia, a un ritmo en algunos casos bastante más rápido que España en su momento, si bien subsisten defectos técnicos en el planteamiento, como se verá.

En el caso estudiado, la normativa búlgara en materia de empleo público no contenía ninguna cláusula de protección de los discapacitados en caso de extinción de su relación funcional, mientras que la equivalente para el sector privado sí recogía este tipo de salvaguarda, que también era aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas. Al acontecer la extinción de la Sra. Milkova, funcionaria de carrera con discapacidad mental, ésta impugnó la falta de protección, lo cual suscitó la duda del Tribunal búlgaro competente.

La sentencia, dictada por la Sala Segunda del Tribunal de Justicia, no fue demasiado clara, circunstancia que en los últimos tiempos se está volviendo peligrosamente habitualmente en la práctica de este órgano. Ejemplo de ello fue el tratamiento conjunto que hizo de

las cuestiones primera y tercera. Si la lectura se detuviera en el apartado 44 de la sentencia, no habría duda alguna de que la diferencia de trato se fundaba en el status legal de funcionario y trabajador asalariado. Al no ser éste uno de los motivos recogidos taxativamente en la Directiva 2000/78/CE, el trato desigual habría podido subsistir.

Pero en el apartado 45, a resultas de la alegación del Gobierno búlgaro sobre el carácter de medida de acción positiva que tiene la medida en el régimen laboral, la sentencia cambió drásticamente de rumbo. En 20 apartados, el Tribunal de Justicia llevó a cabo un análisis de su doctrina sobre este tipo de reglas, para acabar concluyendo que en todo caso estaban sujetas al Derecho de la Unión, y que «la finalidad de una normativa como la controvertida en el litigio principal consiste en proteger al trabajador, no en función de cuál sea el vínculo jurídico constitutivo de su relación de trabajo, sino en función de su estado de salud».

Esta modificación del hilo argumental llevó a la respuesta obvia, la obligación del juez nacional de verificar la existencia de una protección equivalente en ambos regímenes y de, no ser así, condenar la diferencia de trato³⁰. Atendiendo a la cuarta cuestión prejudicial, que versaba sobre el remedio que debería aplicarse en ese caso, el Tribunal de Justicia fue tajante: «la obligación de respetar el Derecho de la Unión exigirá extender el ámbito de aplicación de las normas nacionales que protegen a los trabajadores por cuenta ajena con un determinado tipo de discapacidad, con el fin de que dichas normas de protección cubran igualmente a los funcionarios con una discapacidad del mismo tipo». Esta respuesta está en la línea del Tribunal de aplicar reme-

²⁹ Sentencia de 9 de marzo de 2017, *Petya Milkova e IZPALNITEL DIREKTOR NA AGENTSIA ZA PRIVATIZATSIA I SLEDPRIVATIZATSIONEN KONTROL*, asunto C-406/15 (ECLI:EU:C:2017:198).

³⁰ Cfr. el comentario de E. ROJO Torrecilla, <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/proteccion-de-la-salud-de-trabajadores.html>: «A diferencia de otras ocasiones (me viene a la memoria las sentencias de la Sala décima en los asuntos relativos a la contratación de duración determinada en España, de 14 de septiembre de 2016), ahora el TJUE se muestra extraordinariamente prudente y no da pista alguna al tribunal nacional sobre cómo debe resolver el litigio».

dios instantáneos, adelantándose a la acción del legislador, que puede detectarse en varias sentencias en los últimos años. La creciente importancia del principio de efectividad hace de él uno de los aspectos más dignos de atención en el desarrollo futuro de la jurisprudencia europea.

La segunda cuestión prejudicial, por último, fue descartada por el Tribunal de Justicia, al haber incurrido en el clásico error de planteamiento de considerar un problema hipotético. La naturaleza de la cuestión prejudicial es la resolución de problemas concretos de Derecho de la Unión Europea vinculados a la resolución del litigio, no la elucubración teórica.

5.4. Prohibición de discriminación por razón de religión

Los pronunciamientos *estrella* de este año en materia de igualdad, en cualquier caso, fueron dos sentencias, ambas de 14 de marzo de 2017, ambas de la Gran Sala del Tribunal con la misma composición, ambas con el mismo ponente (el luxemburgués F. Biltgen, ponente en *De Diego Porras*, entre otras), los casos *Achbita*³¹ y *Bouagnaoui*³². Formalmente, no fueron asuntos acumulados, pero todo permite concebir que fueron resueltos en unidad de pensamiento por la Gran Sala.

El primer caso, *Achbita*, tenía su origen en Bélgica. En la lectura de la sentencia llama la atención, ante todo, que los hechos litigiosos tuvieron lugar en 2006, lo cual produce un cierto escalofrío sobre la velocidad de los órganos jurisdiccionales belgas. En dicho año, la Sra. Achbita comunicó a su empresa, en la que trabajaba como recepcionista, que tenía intención de acudir con un pañuelo islámico a

su trabajo. En la empresa existía una regla no escrita según la cual los trabajadores no podían llevar signos visibles de sus convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Curiosamente, dicha regla fue positivizada por el comité de empresa en el reglamento interno al tiempo de la polémica de la Sra. Achbita, tras la cual fue despedida, recibiendo eso sí una indemnización. Las reclamaciones de la trabajadora de que había sido víctima de una discriminación por su religión fueron sucesivamente rechazadas, hasta que el Tribunal de Casación planteó la cuestión prejudicial.

El segundo caso, *Bouagnaoui*, procedía de Francia, con hechos sucedidos en 2009. En esta ocasión, no había reglamento alguno, sino advertencias por parte de la empresa y quejas de clientes a propósito del uso del velo. Al negarse a no usar el velo durante su prestación de trabajo, la trabajadora fue despedida, sin indemnización alguna por considerarse que suponía un incumplimiento contractual. Si bien los tribunales franceses impusieron el pago de una indemnización correspondiente al preaviso omitido, ninguno consideró que existiera discriminación, hasta que el Tribunal de Casación albergó ciertas dudas y planteó la cuestión prejudicial.

Nunca hasta este momento había tenido ocasión el Tribunal de Justicia de pronunciarse sobre el significado de «religión o convicciones» recogido en la Directiva 2000/78/CE, mientras que ya había explorado todas las restantes causas de discriminación³³. A la hora de caracterizarla, la sentencia ha recurrido al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 9, y, dentro de la línea más clásica de tratamiento de los derechos fundamentales, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, ahora en cierta manera inspiradoras de la Carta

³¹ Sentencia de 14 de marzo de 2017, *Samira Achbita*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding* y *G4S Secure Solutions NV*, asunto C-157/15 (ECLI:EU:C:2017:203).

³² Sentencia de 14 de marzo de 2017, *Asma Bouagnaoui* *Association de défense des droits de l'homme (ADDH)* y *Micro-pole SA*, asunto C-188/15 (ECLI:EU:C:2017:204).

³³ Ampliamente, Y. MANEIRO VÁZQUEZ, «La aplicación de la Directiva 2000/78/CE por el Tribunal de Justicia: avances recientes en la lucha contra la discriminación», *Nueva revista española de derecho del trabajo*, 191, 2016, pp. 145-178.

de Derechos Fundamentales. De todo ello ha concluido que es menester una interpretación amplia de la noción de religión, incluyendo «el *forum internum*, a saber, el hecho de tener convicciones, como el *forum externum*, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa». Una interpretación distinta de esta, por otra parte, habría supuesto un retroceso al siglo XIX, en un marco en el que hasta Cánovas del Castillo se encontraría cómodo.

Tras esta base común, el discurrir de los dos pronunciamientos siguió itinerarios diferentes, atendiendo a las circunstancias de cada uno. En el caso belga, el Tribunal consideró sin mucho esfuerzo que una norma interna como la norma controvertida en el litigio principal no establecía una diferencia de trato basada directamente en la religión o las convicciones. Entendía que de la misma manera se habría obrado con cualquier otro trabajador, por lo que no existía discriminación directa alguna.

Ahora bien, el Tribunal continuó sus razonamientos, al abordar la posible existencia de una discriminación indirecta. Como es habitual en este tipo de cuestiones prejudiciales, esto implica la necesidad de identificar una finalidad legítima y la adecuación y la necesidad de los medios para ello. El primer paso, tradicionalmente, no ha sido difícil, salvo en el caso *Feryn*³⁴, donde la estulticia era tal que no había justificación alguna posible.

En el presente asunto, el Tribunal señaló que «el deseo de un empresario de ofrecer una imagen neutra ante sus clientes está vinculado a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 16 de la Carta, y tiene, en principio, un carácter legítimo, en particular cuando el empresario sólo incluye en la persecución de esa finalidad a los trabajadores que, en principio, van a estar en contacto con sus clientes». Nuevamente, la libertad de empresa en la Carta de Derechos Fundamentales vuelve a exhibir su músculo, a pesar del desafortu-

nado uso del verbo «perseguir». En apoyo de este razonamiento, el Tribunal invocó la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Eweida*³⁵, en el que paradójicamente se había reconocido el derecho a llevar una cruz en el trabajo.

Sobre lo adecuado de las medidas, la sentencia señaló la exigencia de una aplicación congruente y sistemática, cuya verificación el Tribunal encomendó al órgano nacional. Sobre lo necesario de las medidas, que es quizás el punto más delicado del razonamiento, la tarea para el órgano de origen era más correosa: «comprobar si, tomando en consideración las limitaciones propias de la empresa y sin que ello representara una carga adicional para ésta, G4S tenía la posibilidad, ante tal negativa, de ofrecer a la Sra. Achbita un puesto de trabajo que no conllevara un contacto visual con los clientes en lugar de proceder a su despido. Incumbirá al tribunal remitente, a la luz de todos los elementos de los autos, sopesar los intereses presentes y limitar las restricciones de las libertades de que se trata a lo estrictamente necesario»³⁶.

Como se puede concluir fácilmente, el contenido de la sentencia y su posible aplicación real en el caso concreto distan mucho de los titulares de prensa. Ni siquiera es posible afirmar con seguridad cuál va a ser la decisión del Tribunal de Casación belga cuando lleve a cabo el examen propuesto por el Tribunal de Justicia. El problema del velo y, por extensión, de otros símbolos religiosos no concluye aquí, como se comprobará de forma inmediata al analizar el razonamiento de la sentencia en el otro caso.

³⁵ Sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros c. Reino Unido*. Sobre ella, M. ELÓSEGUI ITXASO, «El caso Eweida: los acomodamientos razonables y el test de proporcionalidad en el TEDH», *Relaciones laborales*, 4, 2014, pp. 105-124.

³⁶ Sobre esta cuestión, incluyendo la posible existencia de discriminaciones indirectas, A. ALVAREZ DEL CUVILLO, «Aspecto del trabajador y prohibición de discriminación», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 10, 2015, pp.57 y ss.

³⁴ ECLI:EU:C:2008:397

En el caso *Bouagnaoui*, la *Cour de Cassation* había planteado su cuestión de forma distinta, centrándose en determinar si la voluntad expresada por un cliente constituía «un requisito profesional esencial y determinante, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trata o al contexto en que se lleva a cabo». Tal es la redacción del artículo 4.1 de la Directiva, a propósito de las diferencias de trato que no han de ser consideradas discriminatorias, lo cual ha de leerse, por añadidura, en combinación con el considerando 23 de la Directiva. De tal lectura, la sentencia concluyó que «sólo en muy contadas circunstancias una característica vinculada en particular a la religión puede constituir un requisito profesional esencial y determinante». Recuérdese que, en la mentalidad de los redactores de la Directiva, las cuotas entre confesiones en la policía de Irlanda del Norte eran el supuesto más plausible de influencia de la religión en la relación de trabajo.

Segunda en orden de asunto, la sentencia *Bouagnaoui* ya usó *Achbita* como una referencia, para señalar la posibilidad de existencia de discriminaciones indirectas tras la aparición de normas neutras. Pero al no existir tales normas, sino derivarse todo el caso de indicaciones de clientes, esta situación obligó al Tribunal a explorar nuevas vías de razonamiento. En esta ocasión, no hubo mención alguna a la libertad de empresa ni a la Carta de Derechos Fundamentales.

El razonamiento fue rápido y tajante: la exigencia cuestionada «implica un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares del cliente».

A nadie se le escapa la delicadeza socio-política de estas sentencias, que se refleja en la redacción y en la toma de decisión en Gran Sala

con «exquisita prudencia»³⁷. En ocasiones, parece que la discriminación surgiría de una comparación entre distintas religiones, mientras que en otras la comparación se efectúa entre el hecho religioso y su ausencia. No obstante, en el plazo corto la cuestión queda zanjada, hasta que una oleada de aplicaciones nacionales de esta jurisprudencia suscite, hipotéticamente, nuevas cuestiones prejudiciales.

6. RELACIONES LABORALES Y EMPLEO

6.1. Trabajo de duración determinada

A la espera de que la estrategia diseñada por el Gobierno español para *casar* la sentencia *De Diego Porras* dé sus frutos³⁸, hay que mencionar que en 2017 el Tribunal de Justicia siguió señalando la incoherencia del sistema español de empleo público con la Directiva 1999/70/CE.

Un primer exponente de esta situación fue el auto *Rodrigo Sanz*³⁹. Y se insertó plenamente en la trayectoria antes señalada. Sólo aquellos que crean en la casualidad o en los elfos se sorprenderán de que el auto provenga de la Sala Décima del Tribunal de Justicia, con la misma exacta composición que en el asunto *De Diego Porras*⁴⁰, Biltgen, Borg Bathet y Berger, con el primero de ellos asumiendo de nuevo las tareas de ponente y la última actuando en este caso como Presidenta de Sala. E. Sharpston repitió su actuación como Abogada General, al igual que hizo en *Martínez Andrés*⁴¹ y en *Álvarez Santirso*⁴².

³⁷ <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/03/nuevamente-sobre-libertad-religiosa-y.html> En este blog puede encontrarse además una síntesis de las reacciones más próximas a los protagonistas de los casos frente a los pronunciamientos, incluyendo autoridades públicas, ONGs, etc.

³⁸ Cosa que sucedió tras el cierre de estas líneas

³⁹ Auto de 9 de febrero de 2017, *Francisco Rodrigo Sanz y Universidad Politécnica de Madrid*, asunto C-443/16 (ECLI:EU:C:2017:109).

⁴⁰ ECLI:EU:C:2016:683

⁴¹ ECLI:EU:C:2016:680

⁴² ECLI:EU:C:2016:725

Se trata de los mismos Jueces para un mismo tema, el trato diferente entre interinos y funcionarios, en aparente vulneración de la Cláusula cuarta de la Directiva 1999/70/CE. En esta ocasión, la Administración implicada era una Universidad, uno de los escasos tipos que no había estado presente en la saga de septiembre de 2016. Desde la entrada en vigor de la modificación de la Ley Orgánica de Universidades en 2007, el cuerpo de Profesores Titulares de Escuela Universitaria está encaminado a la extinción, al haber perdido su sentido en el nuevo diseño de la enseñanza superior. En esa filosofía y dentro de las medidas de austeridad que han afligido a la Universidad española en los últimos años, la Ley de Presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 reguló la posibilidad de modificar la duración de la jornada interinos que carecieran de la acreditación necesaria para su promoción profesional, reduciendo su jornada de tiempo completo a tiempo parcial.

Ésta era la situación del demandante en el litigio original, que desde 1989 había sido funcionario interino con dicha categoría. Al carecer del título de Doctor, su promoción profesional estaba bloqueada y no podía obtener acreditación alguna, por lo que le era de plena aplicación la norma madrileña indicada. Su jornada de trabajo, pues, fue reducida, con la consiguiente reducción retributiva. En el marco del litigio entre el profesor y su Universidad, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo planteó su duda a propósito del encaje de la medida en la Directiva 1999/70/CE, puesto que los profesores no doctores que no tuvieran la condición de interinos no se verían afectados por el régimen indicado.

El Tribunal de Justicia abordó conjuntamente el estudio de todas las preguntas planteadas, en las que había consideraciones de gran interés sobre la noción de «causa objetiva», uno de los elementos absolutamente esenciales de la Directiva 1999/70/CE y que es, sin embargo, ignorado sistemáticamente por el legislador. Y dejó claro desde el principio que no había *nihil novum sub sole* en lo preguntado.

La respuesta del Tribunal tuvo forma de Auto, una vez más, con la estructura característica que se repite una y otra vez. En primer lugar, un potente elenco jurisprudencial, en el cual se ponen de manifiesto todas las decisiones anteriores aplicables al caso. Sobre ese hilo que abunda en lo ya dicho, el Tribunal va engarzando los elementos del caso concreto.

Un puesto como el descrito entra en el ámbito subjetivo de la Directiva, sus funciones son las mismas que las de un profesor del mismo rango no interino, y la reducción de la jornada de trabajo se inserta claramente en la noción de condiciones de trabajo de la conocida cláusula 4. Por este motivo, no cabe un trato menos favorable si no viene amparado por razones objetivas.

La razón objetiva alegada por la Universidad eran las restricciones presupuestarias existentes y el descenso de matrículas, lo cual obliga a tomar medidas para recortar gastos. Si bien el Tribunal de Justicia ha reconocido a las distintas Administraciones públicas de los Estados miembros la capacidad de autoorganización, esta facultad ha de estar siempre sometida al respeto de la Directiva, que se manifiesta en la existencia de criterios sujetos a control.

Pues bien, en este caso, como en tantos otros anteriores (el más reciente, el auto *Popescu* de 21 de septiembre de 2016⁴³), el Auto indicó que la gestión del personal y las restricciones presupuestarias no eran argumento suficiente sobre el que basar la diferencia de trato de este caso. Una vez más, el Tribunal de Justicia decidió que la normativa española en materia de empleo público contradice las obligaciones recogidas en la Directiva 1999/70/CE.

El segundo episodio fue la sentencia *Vega González*⁴⁴, que supuso un paso más en el constante reconocimiento de la igualdad de condi-

⁴³ ECLI:EU:C:2016:726

⁴⁴ Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Margarita Isabel Vega González y Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias*, asunto C-158/16 (ECLI:EU:C:2017:1014).

ciones de trabajo para los funcionarios interinos por parte del Tribunal de Justicia. A estas alturas, señalar que del juicio se ha ocupado la Sala Décima, compuesta por Levits, Berger y Biltgen, este último como ponente, entra en el terreno del *cela va sans le dire*. Pero sí sorprende la intervención de la Abogada General Sharpston, cuando las *conocidas* sentencias anteriores no tuvieron intervención similar. El fallo, por otra parte, no se apartó ni un milímetro de la línea trazada.

La cuestión prejudicial en este caso procedía del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Oviedo, el mismo del que partió el caso *Álvarez Santiso*. Tras su elección como diputada en la Junta General del Principado de Asturias, una funcionaria interina vio denegada su solicitud de pasar a la situación de servicios especiales, ya que ésta sólo se otorgaba a funcionarios de carrera. Al considerar el juez que esta situación podía constituir una condición de trabajo de las incluidas en el mandato de igual trato de la Directiva 1999/70/CE, planteó la cuestión al Tribunal de Justicia.

En la argumentación inicial de la sentencia merece la pena destacar dos aspectos. En primer lugar, la caracterización de «condiciones de trabajo» a los efectos de la Directiva: «los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo como las relativas a la finalización de esta relación laboral». En segundo lugar, la insistente cita de la sentencia *De Diego Porras*, que casa mal, en principio, con su hipotética supresión. Como estrambote, podría señalarse la larga cadena de pronunciamientos con apellidos españoles que engrosan la jurisprudencia del Tribunal, síntoma evidente de un problema no resuelto en la configuración de nuestro empleo público.

Para la sentencia, no había duda sobre la naturaleza de condición de trabajo del paso a servicios especiales, con independencia de que tuviera su origen en una decisión unila-

teral de la funcionaria interina. Fijado este punto, correspondía determinar si existía alguna justificación para el trato diferente de los funcionarios de carrera. Para ello, el Tribunal consideraba necesario el examen previo de las funciones desempeñadas, una técnica nada novedosa en su jurisprudencia sobre la que conviene insistir por lo que luego se verá. Una vez más, esta tarea quedaba encargada al órgano judicial de origen, si bien la sentencia incluyó diversos elementos que deberían tenerse en cuenta: la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales, entre otros.

La segunda parte del examen encomendado, una vez comprobada la identidad de funciones, debería atender a la justificación. Esta debería fundarse en criterios objetivos y transparente, una doctrina general que rara vez ha encontrado, hasta ahora, traducción en la realidad de la Administración española. Y recordó el Tribunal: «no [se] permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquella esté prevista por una norma nacional general y abstracta».

6.2. Trabajo a tiempo parcial

Tuvo gran relevancia mediática la sentencia *Espadas Recio*⁴⁵. De nuevo el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, de nuevo la Sala Quinta del Tribunal, de nuevo F. Biltgen como ponente, de nuevo Levits, Borg Bathet y Berger analizando el encaje entre el Derecho español y el Derecho de la UE. En ocasiones, parece que la jurisprudencia de Luxemburgo es un guiño a *Atrapado en el tiempo*.

Dejando las recurrencias a un lado, una trabajadora a tiempo parcial (dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada

⁴⁵ Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *María Begoña Espadas Recio y Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*, asunto C-98/15 (ECLI:EU:C:2017:833).

semana y cuatro horas el primer viernes de cada mes), al solicitar la prestación por desempleo, la recibió por una duración de 120 días, atendiendo a los días efectivamente cotizados, y no 720, como le habría correspondido si hubiera trabajado a tiempo completo. Tras una primera reclamación, la duración se elevó a 420 días. Impugnada esta concesión ante el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona, se planteó la cuestión prejudicial, al entender que el módulo de cálculo del trabajo a tiempo parcial «vertical» perjudica seriamente a este tipo de trabajadores, que son mayoritariamente mujeres. Con esta situación podrían vulnerarse, potencialmente, la Directiva sobre trabajo a tiempo parcial y la Directiva sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social.

La aplicabilidad de la primera fue descartada tajantemente por el Tribunal de Justicia. Las prestaciones de desempleo están excluidas de su ámbito de aplicación, por lo que no resultaba pertinente su análisis. La norma efectiva en el litigio era, por lo tanto, la Directiva 79/7/CEE, dado que el Tribunal aceptó que las mujeres eran el colectivo afectado mayoritariamente por la regulación cuestionada. Éste es un contraste importante con la anterior sentencia *Cachaldora Fernández*⁴⁶ en la que se excluyó la discriminación por la falta de información estadística irrefutable.

Una vez aceptada la verdad de los números, era fácil adivinar por dónde discurriría el Tribunal de Justicia. El primer paso fue la búsqueda de una finalidad legítima que pudiera explicar esta medida. España alegó el principio de cotización a la Seguridad Social y la proporcionalidad entre ésta y las prestaciones obtenidas. Al Tribunal no le pareció adecuada, pero encargó esta comprobación al órgano nacional. Merece la pena resaltar la indicación que el Tribunal lanzó con vistas a una posible reforma de la legislación española: «esta correlación podría garantizarse si, en lo que respecta a los trabajadores a tiempo parcial

vertical, las autoridades nacionales tuvieran en cuenta otros factores, como por ejemplo el período de tiempo durante el cual estos trabajadores y sus empresarios han cotizado, el importe total de las cotizaciones abonadas o el total de horas de trabajo. Según las explicaciones facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente, estos factores se tienen en cuenta en lo que se refiere a todos los trabajadores cuya jornada de trabajo se estructura de manera horizontal, independientemente de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial».

De nuevo, el Tribunal de Justicia puso de manifiesto la falta de ajuste de la legislación española en materia de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social. *Quosque tandem?*

6.3. Tiempo de trabajo

La Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/88/CE puso de manifiesto el inmenso caudal jurisprudencial que esta norma ha generado y sigue generando. El tiempo de trabajo, y más concretamente las vacaciones, son un terreno abonado para el planteamiento de cuestiones prejudiciales, procedentes de los más diversos Estados miembros. Esta situación pone de manifiesto que la aparentemente simple normativa europea, casi veinticinco años después de su aprobación, sigue sin tener encaje perfecto en los ordenamientos nacionales. El mes de noviembre de 2017 sirvió para recalcar esta tendencia, con dos nuevas sentencias: una más sobre vacaciones y otra, novedosa, que se pronuncia por primera vez a propósito del descanso semanal.

La sentencia *Marques da Rosa*⁴⁷, en efecto, analizó por primera vez el artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE. Éste establece que «los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dis-

⁴⁶ ECLI:EU:C:2015:215

⁴⁷ Sentencia de 9 de noviembre de 2017, *António Fernando Marques da Rosa y Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação SA*, asunto C-306/16 (EU:C:2017:844),

fruten, por cada período de siete días, de un período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas, a las que se añadirán las 11 horas de descanso diario establecidas en el artículo 3. Cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo, podrá establecerse un período mínimo de descanso de 24 horas».

La legislación portuguesa recoge este derecho, que conoce matices permitidos por la Directiva pero que no habían sido desarrollados legalmente, en el Código de Trabajo y en diversos convenios colectivos. En el asunto concreto que dio origen a la cuestión prejudicial, se trataba de un trabajador de un bingo, que por convenio colectivo tenía derecho a dos días de descanso semanales, si bien había ocasiones en que trabajaba siete días consecutivos. Al extinguirse su contrato, el trabajador demandó a su empresa exigiendo los séptimos días que había trabajado como horas extras, además de una indemnización por el segundo día de descanso que, en varias ocasiones, no había disfrutado. Llegado el litigio a un Tribunal de Oporto, éste planteó la cuestión prejudicial, que incluía cuatro preguntas.

El Tribunal de Justicia agrupó las tres primeras para una respuesta unificada y descartó la cuarta por no cumplir las exigencias del Reglamento de procedimiento, al no quedar clara su vinculación real con el problema planteado. En síntesis, la duda se centraba en determinar si las disposiciones de la Directiva (en sus versiones 93/104/CE y 2003/88/CE, reforzadas por el artículo 31 de la Carta de Derechos Fundamentales) exigen que el período mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho un trabajador le sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos.

La sentencia centró incluso más el problema al señalar que lo único que procedía interpretar eran los términos «por cada período de siete días», expresión a la que el Tribunal pretendía dar una lectura uniforme con independencia de las calificaciones empleadas en los Estados miembros. Ésta es una tendencia

general en lo que concierne a la interpretación de esta Directiva, que ahora se extiende a uno de sus aspectos inexplorados.

El Tribunal señaló que la Directiva no precisa el momento de disfrute y que debe interpretarse con una cierta flexibilidad. En refuerzo de esta argumentación, señaló varias versiones lingüísticas, sin que quede realmente claro al lector por qué era necesaria esa exposición filológica, que poco aclara.

El siguiente paso del razonamiento fue equiparar el mencionado período de siete días a los períodos de referencia recogidos en otras partes de la Directiva, de los que suelen derivarse medidas de flexibilidad en el cómputo. Por lo tanto, los siete días han de entenderse como «un período fijo dentro del cual deben concederse un determinado número de horas de descanso consecutivas, con independencia del momento en que se concedan tales horas de descanso». Es decir, el día de descanso no ha de ser el séptimo, sino que puede concederse en cualquier momento del período, en principio.

La siguiente parte de la sentencia fue un intento de autojustificación de las virtudes de esta decisión, para ambas partes de la relación laboral. En una empresa como la implicada, con apertura permanente menos en Nochebuena (mejor pasar por alto la reflexión sociológica), descansos fijos privarían a algunos trabajadores de descansar los fines de semana, mientras que con la flexibilidad reconocida se pueden hacer ajustes de calendario beneficiosos, en suma.

En definitiva, si en 1996 el Tribunal ya dijo que el domingo no podía ser el día de descanso general en toda Europa, ahora ha descartado que el séptimo día tenga que serlo. Pero no deberíamos buscar explicaciones teológicas en ello.

Por su parte, la sentencia *King*⁴⁸ resolvió un caso inusitado, derivado de la solicitud de

⁴⁸ Sentencia de 29 de noviembre de 2017, *Conley King y The Sash Window Workshop Ltd, Richard Dollar*, asunto

un trabajador para obtener una compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas durante los años 1999 a 2012, es decir, trece años de deudas. El motivo de la colosal petición era la naturaleza de la relación que unía al Sr. King con la empresa, un «contrato por cuenta propia únicamente a comisión» que no le daba derecho a retribución alguna durante las vacaciones. Concluida su relación por jubilación, el Sr. King reclamó, obteniendo del *Employment Tribunal* británico la calificación de trabajador por cuenta ajena.

Recurrida la sentencia y anulada, continuó su camino procesal hasta llegar al órgano judicial que elevó la cuestión prejudicial. Una vez reconocida la naturaleza laboral de la relación, la empresa alegaba que la mayor parte de las vacaciones contenciosas estaban prescritas. En cambio, el trabajador sostenía, con base en jurisprudencia comunitaria, que hasta que no pudo disfrutarlas, con la extinción de la relación, el período de cómputo de la prescripción no se había iniciado. Para resolver el problema, el tribunal británico planteó cinco preguntas, que el Tribunal de Justicia agrupó en dos bloques para su resolución.

El primero de ellos unía el derecho a las vacaciones con la tutela judicial efectiva que se desprende del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales. El objetivo sería determinar si el Derecho de la UE impide que un trabajador deba tomar sus vacaciones antes de saber si éstas van a ser remuneradas.

El hilo del razonamiento fue, en cierta medida, clásico en el obrar del Tribunal: las vacaciones no admiten excepciones, son un derecho fundamental, no pueden estar sometidas a requisitos, la remuneración es una vertiente esencial del derecho, las vacaciones buscan el ocio y esparcimiento. La conclusión de todo ello es que una incertidumbre sobre la remuneración podría vaciar de sentido a las vacaciones y disuadir al trabajador de su disfrute.

Hasta aquí, no se aprecia ninguna novedad. La importancia de la sentencia *King* se deriva de la consideración del Tribunal sobre la ineficacia de los procedimientos judiciales británicos para garantizar este derecho. Al margen de las suspicacias que esto pueda levantar en el marco del Brexit, es un paso más en la tendencia del Tribunal, lenta pero implacable, de consagrar el principio de efectividad del ordenamiento de la UE: son necesarios mecanismos administrativos y judiciales que permitan de una manera fácil garantizar el disfrute de los derechos emanados de las normas comunitarias. Y el laberinto procesal británico no lo era. De ahí que la sentencia declarara que no es necesario que un trabajador haya disfrutado de sus vacaciones para poder saber si son remuneradas.

El segundo bloque de cuestiones, agrupadas de la segunda a la quinta, se centraba en el aplazamiento del disfrute de las vacaciones. De nuevo el Tribunal recurrió a doctrina asentada para iniciar la resolución del caso. Desde el caso *Schultz-Hoff*⁴⁹, la jurisprudencia ha insistido en que las vacaciones no se extinguen por no haber sido disfrutadas por razones ajenas a su voluntad. Disfrazándose de juez nacional, el Tribunal señaló que el caso del Sr. King encajaba en esta situación.

Ahora bien, era necesario ponderar el derecho a vacaciones con la protección de los intereses del empresario. En el caso concreto, en nada había afectado a éste la falta de disfrute de éstas, sino que por el contrario se había beneficiado de la actividad continuada. En nada influía el convencimiento de que no tenía derecho a vacaciones o que el Sr. King hubiera presentado o no solicitudes de vacaciones. La conclusión fue implacable, más moralista de lo que es habitual en el Tribunal de Justicia: «contrariamente a una situación de acumulación de derechos a vacaciones anuales retribuidas de un trabajador que no haya podido disfrutar de tales vacaciones por causa de enfermedad, el empresario que no permite

C-214/16 (EU:C:2017:914).

⁴⁹ ECLI:EU:C:2009:18

a un trabajador ejercer su derecho a vacaciones anuales retribuidas debe asumir las consecuencias».

Una vez más, el Tribunal de Justicia se ha erigido como el gran protector del derecho a vacaciones retribuidas. En este caso, el gran interés procede del hecho de que el titular de dichas vacaciones, durante trece años, no ejerció ese derecho porque, aparentemente, no le correspondía. Es ésta una doctrina que, en definitiva, tiene un gran interés puesto que refuerza las garantías de las personas contratadas en situación irregular⁵⁰.

6.4. Insolvencia empresarial

No ha de creerse que todas las sentencias del Tribunal de Justicia otorgan una protección reforzada a los trabajadores. Un ejemplo de lo contrario es la sentencia *Miravittles Ciurana*⁵¹. De acuerdo con ella, la normativa europea no otorga a los trabajadores acreedores de su empresa por las deudas derivadas de la extinción de su contrato de trabajo el derecho a ejercitar, ante la misma jurisdicción social que la competente para conocer de la acción declarativa de su crédito salarial, una acción de responsabilidad contra el administrador de esa sociedad, por no haber convocado la junta general pese a las pérdidas importantes sufridas por la empresa, con el fin de que se declare a dicho administrador responsable solidario de dicha deuda salarial.

6.5. Transmisión de empresas

No deja de resultar llamativa la abundancia de sentencias sobre la Directiva 2001/23/

CE a lo largo de 2017, quizás un testimonio de los movimientos económicos que están teniendo lugar en el supuesto escenario post-crisis.

En primer lugar, la sentencia *Asklepios Kliniken*⁵² resolvió una nueva cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Trabajo alemán sobre dicha Directiva. El encaje de la negociación colectiva en una transmisión de empresa no siempre tiene el fácil tratamiento que parece augurar la redacción del artículo 3.3 de la Directiva 2001/23/CE: «el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo».

En ella se planteaba el caso de dos trabajadores cuyos contratos contenían una cláusula de remisión «dinámica» que precisaba que su relación laboral se regiría, como venía sucediendo antes de la transmisión, por un determinado convenio colectivo y, en el futuro, por los convenios colectivos que lo completasen, modificasen o sustituyesen. Al producirse una segunda transmisión, reclamaron que dicho convenio colectivo continuase siéndoles de aplicación, a lo que la nueva empresa, *Asklepios*, se negaba, defendiendo una concepción estática de la negociación colectiva en el marco de la transmisión de empresas, en línea con la sentencia *Alemo Herron* del propio Tribunal de Justicia.

El Tribunal Supremo alemán planteó varias dudas, que la sentencia resolvió de forma conjunta, con inusitada brevedad, a propósito del juego entre cláusulas pactadas fruto de la autonomía de las partes y la transmisión de empresas. La aparición del artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales debería suscitar en el lector un cierto escalofrío,

⁵⁰ Comentada en A. V. SEMPERE NAVARRO, «Las vacaciones de 'Conley King'», *Actualidad jurídica Aranzadi*, nº 939, 2018, pp. 6 y ss.

⁵¹ Sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Antonio Miravittles Ciurana, Alberto Marina Lorente, Jorge Benito García, Juan Gregorio Benito García y Contimark, S.A., Jordi Socías Gispert*, asunto C-243/16 (ECLI:EU:C:2017:969).

⁵² Sentencia de 27 de abril de 2017, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH y Ivan Felja y Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH y Vittoria Graf*, asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15 (ECLI:EU:C:2017:317).

pues toda vez que es mencionado ante el Tribunal, la libertad de empresa obtiene un nuevo triunfo. La sensación que deja la lectura de esta sentencia, no obstante, es mixta. En la primera parte de su razonamiento, el Tribunal afirmó que no se oponía a cláusulas dinámicas sobre negociación colectiva, como las recogidas en los contratos litigiosos. Pero, tras la aparición de la doctrina de *Alemo Herron*, la sentencia puso de manifiesto la importancia de la adaptación de las circunstancias laborales tras la transmisión. Esta afirmación puede parecer paradójica, pero la justificó el Tribunal en que «la Directiva 2001/23 no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos y los del cesionario». Como quiera que la legislación alemana amparaba una modificación posterior, negociada o unilateral, el Tribunal consideró que las cláusulas discutidas no eran contrarias al Derecho de la Unión Europea. La valoración de la eficacia de dicha posibilidad, alegada por la empresa, no correspondía al Tribunal. Parece que se abre así una vía de protección reforzada de las condiciones de trabajo, a través de una contractualización *ad futurum* del convenio colectivo aplicable. No parece, en todo caso, que la medida vaya a generar un cambio de tendencia, pero sí que puede reforzar los derechos de los trabajadores con más poder de negociación.

La sentencia *FNV*⁵³ pasó, por su parte, desapercibida en nuestro país, mientras que en los Países Bajos supuso un evento remarcable. Debe ser leída como un aviso para reformas futuras, señalando que los mecanismos de protección de la Directiva están hechos para tener eficacia y no para ser sorteados.

En el presente caso, en el marco de considerables dificultades económicas, una em-

presa de guarderías holandesas diseñó una reestructuración empresarial, a través de un procedimiento denominado «pre-pack», por el que se asigna un síndico responsable de la administración de la empresa quebrada, que prepara la transición hacia una nueva forma societaria viable. La acción que desata el litigio es el despido de más de mil trabajadores, que no fueron contratados por la empresa sucesora. Ante el órgano nacional, con la ayuda del sindicato FNV, solicitaron que se extendieran las garantías de la Directiva 2001/23/CE al procedimiento de pre-pack, planteándose cuatro cuestiones prejudiciales que el Tribunal resolvió de forma unificada.

Con carácter previo, la nueva empresa planteó la reapertura de la fase oral del procedimiento, considerando que las Conclusiones del Abogado General contenían malentendidos a propósito del pre-pack. El Tribunal rechazó tal petición, presentando claramente su doctrina sobre el trámite de reapertura: no procede en modo alguno por el desacuerdo con las Conclusiones y es facultativo para el Tribunal si estima que la información de la que dispone es insuficiente o considera que el asunto debe resolverse basándose en un argumento que no fue debatido entre los interesados.

Pasando ya al fondo del asunto, el núcleo del litigio era determinar si la excepción que la propia Directiva contiene en su artículo 5 a propósito de los trasposos de empresas en el marco de procedimientos de quiebra o insolvencia resultaba aplicable. La sentencia comenzó recordando una constante en su actividad: las excepciones deben ser siempre objeto de interpretaciones restrictivas. El primer paso en el razonamiento fue aceptar que un procedimiento que se prepara antes de la quiebra, pero se ejecuta después de esta puede ser considerado como un procedimiento de quiebra.

El segundo paso, en cambio, fue negativo. El pre-pack no busca tanto la satisfacción de los intereses de los acreedores (objeto real de un procedimiento de quiebra) como salvaguardar el carácter operativo de la empresa o de

⁵³ Sentencia de 22 de junio de 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging, Karin van den Burg-Vergeer, Lyoba Tanja Aliða Kukupessy, Danielle Poase-Teeuwen, Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk y Smallsteps BV*, asunto C-126/16 (ECLI:EU:C:2017:489).

sus partes viables. La finalidad, por lo tanto, sería distinta de la considerada en el artículo 5 de la Directiva. El tercer paso, relativo al control por la autoridad pública, fue también insatisfactorio, dados los poderes de los que dispone el síndico sin que el juez pueda reaccionar.

Por todo ello, el Tribunal de Justicia consideró que el procedimiento de pre-pack no encajaba en las excepciones previstas por la Directiva y que debía incorporar todas las garantías que ésta recoge para el mantenimiento de los derechos de los trabajadores. Se trata, en definitiva, de una sentencia que limita los procedimientos *express* de transmisiones empresariales, sometidos a los requisitos protectores de la normativa europea.

2017 fue decididamente, el año de Portugal ante el Tribunal de Justicia, apareciendo más casos en este período que en varios anteriores acumulados. La sentencia *Piscarreta Ricardo*⁵⁴ analizó el caso de un trabajador contratado por el municipio de Portimão para ejercer funciones de técnico en turismo, siendo años después transferido a una empresa municipal especializada en cuestiones de esa naturaleza. En un proceso posterior de reordenación de servicios municipales, el trabajador pasó a desempeñar funciones de administrador y director de la empresa resultado de la fusión. En años más recientes, el municipio disolvió la empresa, recuperando parte de sus funciones y externalizando otras a una empresa diferente de su propiedad. Al encontrarse el trabajador en situación de excedencia en el momento de la reorganización, no fue tenido en cuenta y se le comunicó, lisa y llanamente, la extinción de su contrato.

⁵⁴ Sentencia de 20 de julio de 2017, *Luis Manuel Piscarreta Ricardo y Portimão Urbis, E.M., S.A., en liquidación, Municipio de Portimão, Emarp – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão, E.M., S.A.*, asunto C-416/16 (ECLI:EU:C:2017:574). Comentada en J. L. MONEREO PÉREZ, J.A. FERNÁNDEZ BERNAT, «La remunicipalización de los servicios públicos y su dimensión laboral: Derecho europeo y sucesión de empresa (el caso Piscarreta Ricardo)», *La Ley Unión Europea*, nº 53, 2017.

La primera pregunta planteada por el órgano judicial portugués era determinar si un proceso como el descrito quedaba incluido en el ámbito de la Directiva 2001/23/CE, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas. La duda se deriva de que la propia Directiva regula que la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán una transmisión.

Para responder, el Tribunal recurrió a un análisis de su copiosa jurisprudencia, donde ya ha señalado con anterioridad que la titularidad pública no excluye la transmisión y que es un elemento indispensable el ejercicio de una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. Al entender que las funciones de la empresa no participaban del ejercicio del poder público, sino que eran actividades económicas, la sentencia continuó analizando los elementos implicados en la transmisión. Repasando de nuevo sus anteriores pronunciamientos, consideró que en este caso habría transmisión siempre que se mantuvieran la identidad de la empresa en cuestión tras la transmisión.

La respuesta a la segunda cuestión fue mucho más rápida. Un trabajador en excedencia queda dentro del ámbito subjetivo de la Directiva, puesto que se mantienen los derechos, obligaciones y garantías de las partes que no están obligadas a prestar un trabajo efectivo. Esta afirmación está en la línea de lo que el Tribunal de Justicia ya ha manifestado en el marco de los Reglamentos de Seguridad Social.

La última cuestión se centraba en determinar si es posible hacer diferencias en función del tipo de contrato en el marco de una transmisión de empresas. Al no afectar esta pregunta a la resolución del caso y ser considerada como hipotética, el Tribunal de Justicia no entró a resolverla.

De menos transcendencia fue la sentencia, también procedente de Portugal, *Resendes y*

otros⁵⁵. De acuerdo con ella, ha de considerarse transmisión de empresas que el comitente resuelva un contrato de prestación de servicios de vigilancia de sus instalaciones celebrado con una empresa, y posteriormente, para la ejecución de tal prestación, celebre un nuevo contrato con otra empresa, aunque ésta se niegue a hacerse cargo de los trabajadores de la primera, incluso si la segunda empresa ha recibido el equipo indispensable para realizar dicha prestación. Es contraria al Derecho la UE una normativa nacional que establece que no se incluye en el concepto de transmisión de empresa la pérdida de un cliente por parte de un operador por la adjudicación del servicio a otro operador.

Por último, por ánimo de exhaustividad, ha de recogerse la sentencia *Unionen*⁵⁶. En una rápida síntesis, transcurrido más de un año después de la transmisión de la empresa el cesionario, al despedir a un trabajador, ha de incluir en el cálculo de la antigüedad de ese trabajador, pertinente para determinar el preaviso al que este último tiene derecho, la antigüedad adquirida por dicho trabajador al servicio de la empresa cedente.

6.6. Despido colectivo

Los despidos colectivos no abandonan el Tribunal de Justicia. Aunque la Comisión ha proclamado oficialmente el fin de la recesión económica, los coletazos de la crisis, en forma de extinciones masivas, siguen presentes en la jurisprudencia. Es cierto que difícilmente se alcanzará el volumen de sentencias de 2015, con la importancia de fondo que tuvieron, en especial para el ordenamiento español. Pero los interesantes matices que aportan los últi-

mos pronunciamientos no han de ser pasados por alto.

En efecto, ambas sentencias, de 21 de septiembre de 2017, estudiaron nuevamente la noción de extinciones asimiladas a despidos en el marco de un proceso de despido colectivo. Ambas fueron dictadas por la Sala Décima, en la misma exacta formación que se ocupó el año pasado del caso *De Diego Porras*. Los tres componentes de la Sala, por otra parte, habían formado parte de la Sala Primera que en 2015 resolvió el asunto *Pujante Rivera*⁵⁷. Como entonces, el luxemburgués F. Biltgen volvió a asumir las tareas de ponente. Evidentemente, no puede esperarse que esta situación sea fruto de la casualidad. En la misma línea, el hecho de que ambos casos fueran juzgados sin Conclusiones de un Abogado General permite deducir que la cuestión sería juzgada en una tónica de continuidad.

La primera de las sentencias fue el caso de *Halina Socha, Dorota Olejnik, Anna Skomra y Szpital Specjalistyczny im. A. Falkiewicza we Wrocławiu* (asunto C-149/16, ECLI:EU:C:2017:708), procedente de un Tribunal de Wrocław (Breslavia, si uno gusta de las traducciones clásicas de topónimos). Las tres demandantes en el litigio original eran trabajadoras indefinidas de un hospital. Este procedió a una «rescisión modificativa» del plazo de adquisición del derecho a la prima de antigüedad, invocando razones económicas y organizativas. La no aceptación de esta modificación podía implicar para los trabajadores la resolución definitiva de sus contratos de trabajo. Como se puede ver, esta figura, a pesar de la traducción, guarda un cierto paralelismo con las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La cuestión prejudicial se originó al tener dudas el órgano jurisdiccional sobre la verdadera intención del empleador. No quedaba claro si realmente pretendía realizar las modi-

⁵⁵ Sentencia de 19 de octubre de 2017, *Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança SA e ICTS Portugal – Consultadoria de Aviação Comercial SA, Arthur George Resendes y otros*, asunto C-200/16 (ECLI:EU:C:2017:780).

⁵⁶ Sentencia de 6 de abril de 2017, *Unionen y Almega Tjänsteförbunden, ISS Facility Services AB*, asunto C-336/15 (ECLI:EU:C:2017:276).

⁵⁷ Sentencia de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, asunto C-422/14 (ECLI:EU:C:2015:743).

ficaciones de la prima de antigüedad o lo que buscaba era extinguir los contratos sin recurrir al procedimiento de despido colectivo. En las palabras de la sentencia, buscaba determinar si la Directiva debe «interpretarse en el sentido de que un empresario está obligado a realizar las consultas previstas en el (...) artículo 2 cuando pretende llevar a cabo, en perjuicio de los trabajadores, una modificación unilateral de las condiciones de remuneración que, en caso de rechazo por parte de estos últimos, supone el cese de la relación laboral». La voluntad extintiva, pues, primando sobre la forma de la extinción.

La primera cita jurisprudencial de la sentencia fue *Pujante Rivera*, indicando claramente el camino por el que iba a transcurrir el razonamiento. Lo descrito no es un despido a los efectos de computar el número mínimo de cinco que deben tener lugar para que la Directiva sea aplicable. Sin embargo, una vez consumada la rescisión como reacción a las modificaciones, sí que debe tenerse en cuenta como extinción asimilada.

A continuación, la sentencia recurrió a los precedentes ya sentados en otra jurisprudencia anterior, en especial el caso *Akavan*⁵⁸. En este caso de 2009, el Tribunal se había pronunciado sobre el momento en que debe llevarse a cabo el período de consultas previsto en la Directiva: antes de la decisión de extinguir. Trasladando dicha doctrina al presente caso, el Tribunal consideró que al optar por la modificación sustancial, la empresa no podía descartar que hubiera trabajadores que fueran a solicitar la extinción de su contrato.

Por todo ello, la sentencia concluyó que cuando se vayan a llevar a cabo modificaciones sustanciales que puedan concluir en la extinción de los contratos, la empresa está obligada a iniciar un período de consultas. El

artículo 41 ET, por lo tanto, respetaría exquisitamente la doctrina del caso *Socha*.

El segundo caso llegó algunos meses después y se benefició, sin duda, de que los trabajos judiciales ya estaban iniciados. El tribunal original se hallaba en Łódź y la referencia del asunto es *Małgorzata Ciupa y otros y II Szpital Miejski im. L. Rydygiera w Łodzi obecnie Szpital Ginekologiczno-Położniczy im dr L. Rydygiera sp. z o.o. w Łodzi*, asunto C-429/16 (ECLI:EU:C:2017:711). En este caso, nuevamente un hospital, para garantizar su viabilidad económica, procedió a una modificación salarial temporal derivada de necesidades económicas. Asaltado por dudas similares a las del Tribunal del otro caso, el órgano elevó una serie de cuestiones prejudiciales sobre el encaje de diversas figuras del Derecho polaco con la Directiva 98/59/CE. Una formulación tan nacional obligó al Tribunal de Justicia a su reformulación, «sin por ello abordar una interpretación del Derecho nacional derivada de las tres hipótesis mencionadas en la cuestión». Nunca puede, recuérdese, el Tribunal de Justicia interpretar el Derecho interno en la forma tan expeditiva que solicitaba esta cuestión prejudicial.

Pujante Rivera fue nuevamente la base de la argumentación, sin que la sentencia contuviera referencias cruzadas al caso *Socha*, como suele ser habitual en pronunciamientos sobre temas similares del mismo día. En todo caso, la distinción entre las dos nociones de despido en la Directiva, la primera para un número mínimo, la segunda como extinciones asimiladas, fue recogida de nuevo.

El matiz frente a *Socha* surgió por la temporalidad de la medida propuesta. A juicio del Tribunal, esta situación aminoraba considerablemente el impacto de la modificación. No obstante, encomendó al órgano nacional la verificación de los hechos, para determinar si haciendo una valoración de conjunto una variación temporal podía adquirir la naturaleza de modificación sustancial.

En cuanto a las rescisiones derivadas de la aplicación de la medida, el Tribunal sostu-

⁵⁸ Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Akavan Eritysalojen Keskusliitto AEK y otros*, asunto C-44/08 (ECLI:EU:C:2009:533).

vo lo mismo que en *Socha*. No son párrafos copiados y pegados, pero que por su parecido suscitan la duda de si simplemente estamos ante el trabajo de dos traductores diferentes que hacen bueno el dicho de Buffon de que el hombre es el estilo. El fallo de la sentencia, en definitiva, fue que una modificación unilateral en perjuicio de los trabajadores, por iniciativa del empresario, de las condiciones de retribución que, en caso de negativa del trabajador a aceptarla, determina la extinción del contrato de trabajo, puede ser calificada como «despido». En segundo lugar, el empresario queda obligado a tramitar las consultas previstas en dicho artículo cuando planea llevar a cabo ese tipo de modificación unilateral de las condiciones de retribución, siempre que concurran los requisitos establecidos en la Directiva, lo cual deberá comprobar el tribunal remitente.

¿Influencia en el Derecho español de esta sentencia? Puede haberla, sin duda. Y vendrá de una reflexión sobre la naturaleza del período de consultas. La normativa europea sobre despido colectivo no es una herramienta para facilitar las extinciones masivas, sino para evitarlas. Ésa es la verdadera finalidad de las consultas, «evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias». Por lo tanto, puede sostenerse una interpretación que extienda la protección de la Directiva 98/59/CE a cualesquiera decisiones empresariales que sean susceptibles de producir una extinción de contrato en el futuro.

El despido colectivo ha de ser, así, la meta y no el punto de partida. De esta forma se garantiza el efecto útil de la Directiva, evitando extinciones fraudulentas que busquen esquivar de forma torticera el mecanismo diseñado. La presencia de las extinciones asimiladas en la norma demuestra claramente que el legislador de la UE cuenta con la existencia de diversas vías de finalización del contrato, pero pretende que todas ellas converjan en ese flexible período de consultas.

De aceptarse este planteamiento, las extinciones derivadas, por ejemplo, de movili-

des geográficas deberían empezar a tenerse en cuenta en nuestro país, donde ya contamos con un período de consultas en el caso de que tengan carácter colectivo, y que se ajusta a la perfección al diseñado por la Directiva. Lo que se complicaría enormemente, como consecuencia de esta interpretación, es la toma de decisiones sobre la flexibilidad interna.

APÉNDICE: LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

1. En el Tribunal de Justicia

La primera constatación cuando se aborda el tratamiento por el Tribunal de Justicia (en sentido estricto) de la Carta Social Europea es la marcada diferencia entre la presencia en Conclusiones de Abogados Generales y en Sentencias. La primera es abrumadoramente superior, llegando a duplicar las apariciones en auténticos documentos jurisprudenciales. Sin llegar a entrar en profundidad en el análisis de las primeras, por carecer de valor aplicativo, puede concluirse que la construcción intelectual del primer tipo de elaboraciones favorece la aparición de la Carta, antes que su utilización para resolver un problema concreto.

Históricamente, la primera mención a la Carta Social Europea apareció en la sentencia *Willame*⁵⁹, en un litigio sobre funcionarios del EURATOM que prefiguraba claramente las apariciones posteriores ante el Tribunal de Función Pública: invocaciones de parte como telón de fondo de una vulneración de derechos, sin mayor relevancia.

Esa iba a ser la tónica general de las apariciones de la Carta. Así fue mencionada en algunas de las sentencias más destacadas del Tribunal, como un mero hito en el camino que no aportaba nada a la resolución del caso: *De-*

⁵⁹ Sentencia de 22 de junio de 1967, *Alfred Willame*, asunto 12/66 [ECLI:EU:C:1967:21].

*frenne*⁶⁰, a propósito de la igualdad de trato entre hombres y mujeres; *Johnston*⁶¹, sobre los puestos de trabajo reservados a hombres; *Laval*⁶², sobre conflictos colectivos transnacionales; *Viking*⁶³, sobre una materia similar; o *Impact*⁶⁴, una de las primeras sentencias verdaderamente relevantes a propósito de contratos de duración determinada.

Idéntico patrón siguió en otras menos conocidas, como *Blaizot*⁶⁵, sobre no discriminación por razón de nacionalidad; *Kiiski*⁶⁶, sobre permiso de maternidad; *Comisión contra Alemania*⁶⁷, a propósito de contratos públicos de servicios; *Bruno y Pettini*⁶⁸, sobre trabajo a tiempo parcial; *Melchior*⁶⁹, sobre desempleo; o *Marques da Rosa*⁷⁰, la primera sentencia sobre el descanso semanal ya comentada en esta crónica.

⁶⁰ Sentencia de 15 de junio de 1978, Gabrielle Defrenne contra Sabena, asunto 149/77 (ECLI:EU:C:1978:130).

⁶¹ Sentencia de 15 de mayo de 1986, Marguerite Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, asunto 222/84 (ECLI:EU:C:1986:206).

⁶² Sentencia de 18 de diciembre de 2007, Laval un Partneri Ltd contra Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan y Svenska Elektrikerförbundet, asunto C-341/05 (ECLI:EU:C:2007:809).

⁶³ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union contra Viking Line ABP y OÜ Viking Line Eesti, asunto C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772).

⁶⁴ Sentencia de 15 de abril de 2008, Impact contra Minister for Agriculture and Food y otros, asunto C-268/06 (ECLI:EU:C:2008:223).

⁶⁵ Sentencia de 2 de febrero de 1988, Vincent Blaizot contra Université de Liège y otros, asunto 24/86 (ECLI:EU:C:1988:43).

⁶⁶ Sentencia de 20 de septiembre de 2007, Sari Kiiski contra Tampereen kaupunki, asunto C-116/06 (ECLI:EU:C:2007:536).

⁶⁷ Sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión Europea contra República Federal de Alemania, asunto C-271/08 (ECLI:EU:C:2010:426).

⁶⁸ Sentencia de 10 de junio de 2010, Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) contra Tiziana Bruno y Massimo Pettini (C-395/08) y Daniela Lotti y Clara Matteucci (C-396/08), asuntos acumulados C-395/08 y C-396/08 (ECLI:EU:C:2010:329).

⁶⁹ Sentencia de 4 de febrero de 2015, Office national de l'emploi contra Marie-Rose Melchior, asunto C-647/13 (ECLI:EU:C:2015:54).

⁷⁰ Sentencia de 9 de noviembre de 2017, António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol – Turismo, Jogo e Animação, SA, asunto C-306/16 (ECLI:EU:C:2017:844).

Tratamiento aparte, para concluir este breve e infructuoso elenco, merece el caso *Nisttahuz Poclava*⁷¹, en el que el Tribunal de Justicia no entró a examinar el contrato de apoyo a los emprendedores creado por la reforma española de 2012. En él, el rechazo fue explícito: «Es preciso señalar que el Tribunal de Justicia no es competente, en virtud del artículo 267 TFUE, para pronunciarse en materia de interpretación de normas de Derecho internacional que vinculan a los Estados miembros pero que están excluidas de la esfera del Derecho de la Unión».

2. En el Tribunal de Primera Instancia / Tribunal General

La ausencia de competencias de relevancia social en el segundo Tribunal componente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, bajo cualquiera de sus denominaciones, implica un balance realmente magro en el estudio de su utilización de la Carta Social Europea. No hay una sola sentencia donde el Tribunal haya realizado una sola consideración sobre el valor de la Carta Social Europea. Todas las menciones carecen de relevancia, y se incluyen dentro de un elenco de alegaciones de parte, en las sentencias paralelas *Comité central d'entreprise de la Société Générale des Grandes Sources*⁷² y *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel*⁷³, T-12/93; así como en *Forges de Clabecq SA*⁷⁴.

Estudiando en casación el caso Landgren en

⁷¹ Sentencia de 5 de febrero de 2015, Grima Janet Nisttahuz Poclava contra Jose María Ariza Toledano (Taberna del Marqués), asunto C-117/14 (ECLI:EU:C:2015:60).

⁷² Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de abril de 1995, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources et autres contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-96/92 (ECLI:EU:T:1995:77).

⁷³ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de abril de 1995, *Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel et Comité d'établissement de Pierval et Fédération générale agroalimentaire*, asunto T-12/93 (ECLI:EU:T:1995:78).

⁷⁴ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, *Forges de Clabecq SA contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asunto T-37/97 (ECLI:EU:T:1999:66).

la sentencia *ETF*⁷⁵, el Tribunal de Primera Instancia fue incluso menos explícito que el Tribunal de Función Pública y no llevó a cabo consideración alguna. En otro recurso de casación, resuelto en la sentencia *Vahan Adjemian*⁷⁶ ya como Tribunal General la falta de atención fue la misma. Y de nuevo, la línea de (falta de) actuación continuó en el caso *Union syndicale fédérale des services publics européens et internationaux (USFSPEI)*⁷⁷.

3. En el Tribunal de la Función Pública

Para concluir el panorama de toda la actividad del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha de hacerse referencia al extinto Tribunal de la Función Pública. En este caso, las menciones son de nuevo absolutamente anecdóticas y se inscriben en la misma línea de situar la Carta Social Europea en una posición de mero criterio orientador de interpretación, nunca como fuente aplicable. Las escasas apariciones son siempre propiciadas por los empleados de las Instituciones protagonistas del litigio y éstas muestran siempre una fuerte resistencia a su aplicación, que hacen más explícita que en los tribunales anteriormente comentados.

Tal fue el caso de la sentencia *Pia Landgren*⁷⁸, donde se mencionó la Carta a propósito de «la existencia de criterios internacionales que establecen las condiciones mínimas necesarias en un Estado de Derecho para evitar despidos abusivos de trabajadores».

⁷⁵ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2009, *Fondation européenne pour la formation (ETF) contre Pia Landgren*, asunto T-404/06 P (ECLI:EU:T:2009:313).

⁷⁶ Sentencia del Tribunal General de 21 de septiembre de 2011, *Vahan Adjemian y otros contra Comisión Europea*, asunto T-325/09 P (ECLI:EU:T:2011:506).

⁷⁷ Sentencia del Tribunal General de 16 de noviembre de 2017, *Union syndicale fédérale des services publics européens et internationaux (USFSPEI) contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, asunto T-75/14 (ECLI:EU:T:2017:813).

⁷⁸ Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 26 de octubre de 2006, *Pia Landgren contra Fundación Europea de Formación (ETF)*, asunto F-1/05 (ECLI:EU:F:2006:112).

Más dura fue la posición del Parlamento Europeo en el caso *Laleh Aayhan*⁷⁹, donde señaló que «el respeto de la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, está sometido al control del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa y que los convenios de la OIT, que pertenecen al ámbito del Derecho internacional general, no son fuente de Derecho comunitario, puesto que dichos convenios no se han celebrado en el ámbito comunitario. Dado que la Comunidad no se encuentra vinculada por ellos, los demandantes no tienen derecho a invocar la incompatibilidad del artículo 78 del ROA con sus disposiciones. Además, al no pertenecer los Convenios invocados al ordenamiento jurídico comunitario, no pueden conferir derechos a los demandantes en sus relaciones con el Parlamento». Este punto de vista fue aprobado en buena manera por el Tribunal ya que la sentencia rechazó pronunciarse sobre la aplicabilidad y el alcance de los dos instrumentos internacionales invocados de esta forma por los demandantes, puesto que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación son principios generales del ordenamiento jurídico comunitario».

Le correspondió a la Comisión mostrarse renuente en el caso *O*⁸⁰. Allí, señaló que «la Carta Social Europea no es de aplicación a la Comunidad porque ésta no forma parte ni de sus signatarios ni de sus adherentes». La sentencia puso de relieve su valor interpretativo, al afirmar que «aunque la Comunidad no se haya adherido a esta Carta, ésta se menciona en el cuarto considerando del Preámbulo del Tratado de la Unión Europea y en el artículo 136 CE, y forma parte de los instrumentos internacionales que deben guiar a las instituciones en la aplicación y la interpretación de las

⁷⁹ Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 30 de abril de 2009, *Laleh Aayhan y otros contra Parlamento Europeo*, asunto F-65/07 (ECLI:EU:F:2009:43).

⁸⁰ Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 29 de septiembre de 2009, *O contra Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados F69/07 y F60/08 (ECLI:EU:F:2009:128).

disposiciones del Estatuto y el ROA, especialmente de las que privan a un trabajador de una protección social fundamental mediante una mera facultad encomendada a la apreciación de la administración».

Más severa fue la línea sostenida en el auto *Avogadri*⁸¹, donde el Tribunal de Función Pública declaró que «en lo que atañe a la Carta Social Europea, aunque del artículo 151 TFUE se desprende que ésta es una fuente de inspiración que la Unión ha de tomar en consideración en la persecución de los objetivos establecidos en dicho artículo, éste no erige la Carta Social Europea en norma respecto de la cual ha de apreciarse la compatibilidad de

la normativa de la Unión». Esta afirmación rebaja considerablemente el valor que se puede otorgar a la Carta, ya que descarta cualquier posible contraste *negativo* con el ordenamiento de la Unión Europea.

Para terminar, y simplemente por ánimo de exhaustividad, han de indicarse los asuntos *Michael Heath*⁸² y *Ax*⁸³. Ambos contienen menciones similares a la inutilidad de la Carta para obligar a las Instituciones, ya que, en los términos de la sentencia, la Carta propugna [...], sin imponerlo, «el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos».

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y

⁸¹ Auto del Tribunal de la Función Pública de 21 de febrero de 2013, *Chiara Avogadri contra Comisión Europea*, asunto F-58/08 (ECLI:EU:F:2013:16).

⁸² Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 29 de septiembre de 2011, *Michael Heath contra Banco Central Europeo (BCE)*, asunto F-121/10 (ECLI:EU:F:2011:174).

⁸³ Sentencia del Tribunal de la Función Pública de 17 de marzo de 2015, *AX contra Banco Central Europeo*, asunto F-73/13 (ECLI:EU:F:2015:9).

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

IV. Documentación e Informes

Balance de la actividad de la Unión Europea en el ámbito del empleo y la política social durante 2016

Report of the activity of the European Union on employment and social policy in 2016

MIGUEL COLINA ROBLEDO*

SUMARIO. 0. INTRODUCCIÓN. 1. EL MARCO DE REFERENCIA. 1.1. El programa de trabajo de la Comisión Europea 2016. 1.2. Los programas de trabajo de las Presidencias del Consejo 2016. 2. EL SEMESTRE EUROPEO 2016: LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y DE PROTECCIÓN SOCIAL. 2.1. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2016: el refuerzo de la recuperación y el fomento de la convergencia. 2.2. El Informe Conjunto de Empleo 2016. 2.3. La aplicación de las recomendaciones específicas por país: la segmentación del mercado de trabajo y los acuerdos contractuales. 2.4. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2016. 2.5. La evaluación de las recomendaciones específicas por país 2016 y de la aplicación de las de 2015. 2.6. La Recomendación del Consejo sobre el PNR y el dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España 2016. 2.7. La evaluación del sexto Semestre Europeo: los Indicadores de Resultados en materia de Empleo (IRE) y de Protección Social (IRPS) 2016. 2.8. Conclusiones del Consejo Europeo y de las Cumbres Sociales Tripartitas sobre el Semestre Europeo 2016. 3. EL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA EN 2016. 3.1. El empleo juvenil. 3.1.1. La inversión en empleo juvenil. La aplicación de la Garantía Juvenil: el camino a seguir en 2016. 3.1.2. La revisión de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil: su situación al cabo de tres años. 3.2. La Nueva Agenda de Competencias para Europa. 3.3. El marco europeo de cualificaciones para el aprendizaje permanente. 3.4. La Red de Servicios Públicos de Empleo de la Unión: aprendizaje comparativo. 3.5. La integración de

* Ex-Vocal Asesor Secretaría General Técnica del anterior Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

los desempleados de larga duración en el mercado de trabajo: indicadores. 4. LAS RELACIONES LABORALES Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO. 4.1. El nuevo comienzo del diálogo social. 4.2. El Pilar europeo de derechos sociales: situación actual y opiniones sobre el futuro. 4.3. El desplazamiento de los trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. 4.4. La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. 4.5. La aplicación del Convenio n° 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca de 2007. 5. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR OTRAS CIRCUNSTANCIAS. 5.1. El principio de igualdad de trato independientemente de la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. 5.2. El compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019. 5.3. La promoción de la igualdad de las personas LGBTI. 5.4. La accesibilidad a los bienes y servicios de las personas con discapacidad. 5.5. Mujer y pobreza. 6. PROTECCIÓN SOCIAL Y POLÍTICA SOCIAL. 6.1. La lucha contra la pobreza y la exclusión social. 6.2. Iniciativa y ayuda financiera de la UE a la integración de los gitanos. 7. CUESTIONES INSTITUCIONALES. 7.1. Revisión de los Reglamentos constitutivos de EUROFOUND, UE-OSHA y CEDEFOP.

0. INTRODUCCIÓN

Este trabajo recoge, en el año en el que el Reino Unido votó en referéndum su salida de la UE, la crónica de las actividades de la UE, singularmente del Consejo, en 2016, en el ámbito del empleo y la política social, a partir de los programas de trabajo de la Comisión y de los Estados miembros que en este año han ejercido la presidencia de esta institución en su formación de Ministros de Empleo y Asuntos Sociales (EPSSCO), centradas en el desarrollo del Semestre Europeo, en su sexto año de vigencia en relación con los objetivos de la Estrategia Europa 2020 en materia de empleo y protección social; en el campo específico del empleo, especialmente respecto de los jóvenes, en el seguimiento y la revisión de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil, y todo lo relativo a la Nueva Agenda de competencias para Europa, el Marco Europeo de Cualificaciones para el aprendizaje permanente, sobre la Red de servicios públicos de empleo de la UE, y la integración de desempleados de larga duración en el mercado de trabajo; en materia de relaciones laborales y condiciones de trabajo, sobre el nuevo comienzo del diálogo social y el Pilar europeo de derechos sociales, el desplazamiento de los trabajadores en el marco

de una prestación de servicios, y en cuanto a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores; en la igualdad de trato entre mujeres y hombres y la no discriminación por otras circunstancias, con atención particular a las personas LGBTI y con discapacidad; en materia de protección social, con atención a la lucha contra la pobreza social y la exclusión social y en la integración de los gitanos; concluyendo con la adecuación de las agencias europeas que operan en el ámbito del empleo y los asuntos sociales a los Tratados incorporando la experiencia de su funcionamiento desde su creación.

1. EL MARCO DE REFERENCIA

1.1. El programa de trabajo de la Comisión Europea 2016

Con el título «No es momento para dejar las cosas como están», el 27.10.2015 la Comisión Europea adoptó su programa de trabajo para el año 2016, recordando que hacía un año que había emprendido un nuevo comienzo y, sobre la base de las orientaciones políticas, estableció sus prioridades, comprometiéndose a centrarse en las cosas grandes, en las que

los ciudadanos esperan que Europa marque las diferencias, y decidió cambiar el modo de trabajar, invitando al Parlamento Europeo (PE) y al Consejo a hacerlo juntos para realizar ese cambio, ya que conseguir resultados en las cuestiones que importan realmente es la única forma de recuperar la confianza de los europeos en que la UE existe para servirles, y a la que juzgarán por su capacidad para superar los grandes retos (el empleo, el crecimiento y la definición de la inversión, los refugiados, el cambio climático, la desigualdad, la intolerancia, el sentimiento de inseguridad, la interdependencia a escala mundial) que tienen que afrontar nuestras sociedades a través de las prioridades de la Agenda en materia de empleo, crecimiento, equidad y cambio democrático.

Así pues, el compromiso de centrarse en las cosas grandes se materializa en la propuesta de medidas concretas a adoptar, entre ellas las destinadas a mejorar y reforzar la UEM, a completar con los planes de economía circular sostenible y de movilidad laboral, respaldadas por el nuevo programa de la Comisión «Legislar mejor». De esta forma, tras un diálogo permanente con el PE y el Consejo, la Comisión incluye en su programa de trabajo 2016 las iniciativas clave a adoptar, que suponen la puesta en marcha de un programa legislativo importante, priorizando los cambios que pueden tener efectos directos en el empleo, el crecimiento y el bienestar social, las propuestas existentes, que se deben adoptar con prontitud, y la retirada de las antiguas que ya no son relevantes o pertinentes.

El compromiso de hacer las cosas de modo distinto se concreta en legislar mejor, de modo que cuando se justifique una respuesta europea, ésta sea lo más eficaz posible para conseguir los objetivos comunes en ámbitos como los de las normas sociales y laborales de calidad elevada y una economía próspera que beneficie a todos, considerando la oportunidad de mejorar la situación existente en relación con la salud y la seguridad en el trabajo, centrándose en los resultados, que deben deter-

minar el presupuesto y la financiación de la UE, para lo que la Comisión deberá examinar la situación y asegurarse de que la intervención de la UE marque una diferencia política sobre el terreno; y en obligar a aplicar la legislación europea, proponiendo intensificar las actividades de control de ella en estrecha colaboración con las partes interesadas a escala nacional, regional y local.

Así pues, el programa de trabajo de la Comisión 2016 se estructura en torno a las diez prioridades señaladas por el Presidente Juncker al inicio de su mandato, de las que al ámbito competencial del Consejo EPSSCO afectan las referidas al nuevo impulso al empleo, el crecimiento y la inversión, un mercado interior y una UEM más justa y más profunda, sin olvidar las connotaciones en aspectos sociolaborales de otras prioridades como las del mercado único digital conectado, en relación con la posible creación de cientos de miles de nuevos puestos de trabajo, especialmente para los más jóvenes; la Unión de la Energía más resiliente con una política de cambio climático que mire hacia el futuro, para aprovechar el potencial de creación de empleo y de crecimiento de una economía con bajas emisiones de carbono; los acuerdos de libre comercio razonable y equilibrado con los EEUU, Canadá y con otros países, actualizando y ajustando más los instrumentos de política comercial al sector de los servicios, la movilidad, la innovación y otros motores del empleo y del crecimiento, velando por su aplicación y cumplimiento con atención especial a las pymes y a ayudar a los trabajadores a adaptarse a los cambios, de modo que se deriven oportunidades para las empresas y la creación de puestos de trabajo de alta calidad; la nueva política sobre migración, con atención especial a un enfoque renovado de la migración legal, incluidas medidas para mejorar la Directiva sobre la tarjeta Azul, para satisfacer las necesidades futuras de Europa en cuanto al mercado laboral y la demografía.

Respecto de la prioridad de dar un nuevo impulso al empleo, el crecimiento y la inversión, la Comisión se propone seguir ayudando

a los Estados miembros en sus esfuerzos para que las personas vuelvan a tener trabajo, para lo que se han consignado anticipadamente 1.000 millones de euros para acelerar la ejecución de la Iniciativa de Empleo Juvenil (IEJ) y ayudar hasta 650.000 jóvenes a encontrar un puesto de trabajo, de aprendizaje o en prácticas o a recibir formación permanente en toda Europa y se han propuesto orientaciones a los Estados miembros para ayudar a los desempleados de larga duración a reincorporarse al trabajo, dotar a los europeos de las aptitudes necesarias para adaptarse a las necesidades cambiantes y a los mercados laborales emergentes, para lo que la Nueva Agenda de Competencias deberá fomentar la inversión en las personas durante toda la vida, desde la formación profesional y la educación superior hasta las destrezas digitales y las altas tecnologías, atendiendo especialmente a la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores para aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral, a la adopción de la Directiva sobre su presencia en los consejos de administración y a continuar promocionando la igualdad de género.

Tras constatar que el Plan de Inversiones para Europa ya está en marcha y el FEIE en funcionamiento y financia inversiones para seguir impulsando la economía europea, se señala que se debe trabajar en la sostenibilidad futura de Europa, para lo que se presentará un nuevo enfoque que garantice el crecimiento económico y la sostenibilidad social más allá de 2020, teniendo en cuenta la revisión de la Estrategia Europa 2020 y la realización de los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU. Finalmente, se apunta que la revisión de la legislación vigente sobre salud y seguridad laborales, incluyendo los agentes carcinógenos y mutágenos, mejora la eficiencia y efectividad del marco de la UE para la protección de los trabajadores.

A propósito de la prioridad de un mercado interior más justo y más profundo con una base industrial fortalecida, tras señalar que el mercado único es el mejor y mayor activo

de Europa, que permite a las personas vivir, trabajar y estudiar donde lo deseen, y ofrece oportunidades a los profesionales y a las empresas, entre las medidas que propone para aprovechar sus puntos fuertes incluye el refuerzo del cumplimiento de la legislación social aplicable al mercado del transporte por carretera, y para ayudar a los ciudadanos europeos a aprovechar al máximo las oportunidades de empleo en el mercado único, medidas dirigidas a reforzar el portal europeo de la movilidad profesional (EURES) y la cooperación entre los servicios de empleo, y entre las propuestas de movilidad laboral, las medidas para combatir los abusos mediante una mejor aplicación y coordinación de los sistemas de Seguridad Social, así como una revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de los trabajadores para afrontar las prácticas desleales que conducen al dumping social y la fuga de cerebros, asegurando que un mismo trabajo en un mismo puesto tenga la misma remuneración, con especial hincapié en la mejora del acceso de las personas con discapacidad a determinados bienes y servicios.

En relación con una UEM más profunda y justa se señala que en la primera fase del proceso para completarla se ha presentado un enfoque renovado del Semestre Europeo y un conjunto de herramientas mejorado para la gobernanza económica, entre ellas la mejora del diálogo entre la Comisión y el PE para mejorar la rendición de cuentas, y mayor atención a la situación económica y presupuestaria de la eurozona; y se destaca el desarrollo del Pilar europeo de derechos sociales, respecto del que la Comisión asumirá dos líneas de trabajo complementarias: modernizar la legislación vigente en materia de política social y colmar las lagunas para tener en cuenta el entorno laboral actual y garantizar que los nuevos modelos de trabajo mantengan un equilibrio justo en la relación entre empleadores y trabajadores; e identificar patrones de referencia en el ámbito social, en especial respecto del concepto de flexiguridad, y tener en cuenta las mejores iniciativas de los Estados miembros con miras a una convergencia al alza, espe-

cialmente en la eurozona, en relación con el funcionamiento del mercado laboral, las cualificaciones y la protección social, que se desarrollarán con un diálogo reforzado con el PE, los Estados miembros, los Parlamentos nacionales y los interlocutores sociales, a través de un amplio proceso de consulta y debate para preparar la transición de la primera a la segunda fase de la UEM y el Libro Blanco de la Comisión, previsto para la primavera de 2017.

1.2. Los programas de trabajo de las Presidencias del Consejo 2016

De las prioridades fijadas por la Presidencia de Países Bajos para desarrollar durante el primer semestre de 2016 en el ámbito del empleo y de la política social destaca: el papel de Europa innovadora y creadora de empleo, que se ha perdido de vista a causa de la crisis y a pesar de las buenas perspectivas de creación de un contexto socioeconómico estable e innovador para sus ciudadanos, para lo que se debe: dar cancha a las empresas para innovar, crear empleo y dar solución a los retos sociales, considerando indispensable una educación moderna y de alta calidad en los Estados miembros para una economía fuerte que ayude a las personas con las competencias necesarias para el futuro; avanzar en la modernización, la simplificación y la reducción de la legislación UE para trabajar a favor de los ciudadanos, las empresas y los gobiernos locales; simplificar las normas complicadas innecesariamente, reducir las cargas administrativas y evaluar el impacto de la legislación para no impedir la innovación, el crecimiento y el empleo; considerar la libre circulación de bienes y servicios junto con la de trabajadores; no utilizar en exceso las libertades económicas para crear acuerdos de empleo falsos que permitan a los empleadores ahorrar dinero en detrimento de sus empleados; y proteger mejor a los trabajadores desplazados para impulsar la libertad de circulación de los trabajadores en la Unión.

Concretamente, el plan de trabajo de la Presidencia para el Consejo EPSSCO se centró en el paquete de medidas sobre la movilidad de los trabajadores y los reglamentos de coordinación de la Seguridad Social, para combatir los abusos a través de su mejor aplicación; la lucha contra el cáncer, extendiendo la protección de los trabajadores frente a una relación mayor de carcinógenos, y la modificación de la Directiva sobre carcinógenos; el impulso a los Estados miembros para completar el conocimiento de la protección de la pobreza; los temas de la igualdad de género y la independencia económica; el Semestre Europeo; el Acta de Accesibilidad Europea; el Pilar de los derechos sociales; la Directiva sobre la igualdad de género en ámbitos distintos del puesto de trabajo; y en la presentación de la Nueva Agenda de Competencias para Europa.

Para el segundo semestre de 2016, el programa de trabajo del Consejo, bajo Presidencia eslovaca, inspirado en tres principios interconectados (la consecución de resultados tangibles en los proyectos europeos con impacto práctico en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos; la superación de la fragmentación y de las barreras existentes entre los Estados miembros, para contribuir a su conexión más estrecha con el mercado único; y el papel central de los ciudadanos en la dimensión social) propuso abordar: los cambios legislativos del mercado interior respecto de la libertad de circulación de los trabajadores, la coordinación de los sistemas de Seguridad Social y la revisión de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores, y continuar las negociaciones sobre el Acta Europea de Accesibilidad, lo que significa mejorar el funcionamiento del mercado interior respecto de la accesibilidad de determinados productos y servicios y facilitar el acceso a los mismos de las personas con discapacidad; y la revisión de la legislación para mejorar la protección de los trabajadores de los riesgos derivados de los carcinógenos o mutágenos. En cuanto al empleo, se propuso un proyecto de conclusiones para evaluar la efectividad y los resultados de la Garantía Juvenil (GJ), y en relación con el

paquete de la Comisión sobre las competencias, la armonización de los cambios necesarios en éstas, derivados de las exigencias de los mercados laborales. Respecto del Pilar europeo de los derechos sociales, subrayó su objetivo de definir los principios básicos para promover mercados laborales y sistemas de protección social justos y que funcionen bien y la convergencia social. También incluyó la elaboración de unas Conclusiones sobre la integración de los gitanos en los Estados miembros como continuación de la evaluación de la aplicación de la Recomendación del Consejo sobre las medidas efectivas en relación con este colectivo.

2. EL SEMESTRE EUROPEO 2016: LAS POLÍTICAS DE EMPLEO Y DE PROTECCIÓN SOCIAL

2.1. El Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2016: el refuerzo de la recuperación y el fomento de la convergencia

Adoptado por el Consejo EPSSCO de 7.03.2016, constata que: se ha producido la recuperación de la economía de la UE esperando la aceleración gradual del ritmo de actividad; los resultados económicos, las condiciones sociales y la aplicación de las reformas siguen siendo desiguales en la UE; en los últimos años se ha producido una afluencia sin precedentes de refugiados y solicitantes de asilo en algunos Estados miembros; las políticas deberían consolidar la recuperación y fomentar la convergencia con quienes obtengan los mejores resultados; la Comisión durante el primer año ha cumplido lo anunciado, ha presentado iniciativas ambiciosas para apoyar el crecimiento y el empleo, reforzar la convergencia y fortalecer la justicia social, ha fijado su estrategia para el crecimiento y el empleo para 2015 y ha presentado sus prioridades para 2016 reiterando las de 2015, reforzando los esfuerzos en el relanzamiento de la inversión, que debería ampliarse al capital humano y a

las inversiones sociales; las reformas estructurales para modernizar nuestras economías, entre ellas las de las políticas del mercado laboral, deben equilibrar la flexibilidad y la seguridad, con atención particular a la lucha contra el desempleo juvenil y de larga duración, y a mercados de productos y servicios más integrados y competitivos para estimular la innovación y la creación de empleo y políticas fiscales responsables que, entre otras cuestiones, aborden la falta de incentivos a la creación de empleo y la modernización de los sistemas de protección social; y confirma la división del Semestre Europeo en dos fases sucesivas experimentadas en 2015, la fase europea, de noviembre a febrero, y una fase nacional, de febrero a junio.

En cuanto a la inversión en capital humano se propone centrarla en dotar a las personas de las capacidades para evitar su desempleo, y en reducir el riesgo de pobreza y exclusión social, a través de las reformas de los sistemas de educación y de formación orientadas a los resultados como parte de los esfuerzos para restablecer el empleo y el crecimiento sostenible, añadiendo que es fundamental que los Estados miembros promuevan la inversión social de forma más amplia, en particular en asistencia sanitaria, cuidado de niños, ayuda a la vivienda y servicios de rehabilitación, para reforzar las capacidades actuales y futuras de las personas para participar y adaptarse al mercado laboral.

A propósito de las reformas estructurales para modernizar nuestras economías, respecto del fomento del empleo y de políticas sociales integradoras, se pone de manifiesto que: la creación de empleo debe seguir siendo un objetivo clave de los esfuerzos de reforma, ya que los 22 millones de desempleados en agosto de 2015, la mitad de ellos durante más de un año, son demasiados; el desempleo de larga duración se ha duplicado prácticamente desde 2008, por lo que los Estados miembros deben intensificar los esfuerzos para abordarlo según las orientaciones de la Recomendación sobre la integración de los desempleados de larga

duración en el mercado laboral; y el desempleo juvenil es superior al 20% en la mayoría de los Estados miembros, por lo que deben proseguir los trabajos para abordarlo en consonancia con la GJ mediante cambios sistemáticos en la transición de la escuela al trabajo, políticas de activación y servicios públicos de empleo que funcionen adecuadamente.

Por otra parte, se entiende que hay que seguir actuando para: eliminar los frenos a la iniciativa empresarial y a la creación de empleo de los diferentes sistemas nacionales, de modo que la fiscalidad del trabajo y los sistemas de prestaciones sociales sirvan para fomentar la inversión y el empleo, conforme a los principios comunes publicados por el Eurogrupo en septiembre de 2015 para orientar los esfuerzos de los Estados miembros de la eurozona para reducir la carga fiscal sobre el trabajo y los costes laborales totales; mejorar el equilibrio entre vida profesional y privada y superar la diferencia de la tasa de empleo entre hombres y mujeres, mediante servicios de asistencia sanitaria, permisos y horarios de trabajo flexibles, y sistemas fiscales y de prestaciones sociales sin desincentivos para que los segundos perceptores de rentas trabajen o trabajen más; lograr la flexibilidad y la seguridad en el mercado laboral; garantizar elevados niveles de empleo en la UE e impulsar la convergencia, de modo que los salarios reales sigan avanzando en función de la productividad a medio plazo, por lo que los mecanismos para su fijación, incluidos los convenios colectivos, deben permitir cierta flexibilidad para establecer aumentos salariales diferenciados entre distintos sectores y dentro de ellos y que la evolución de la productividad y los salarios reales se adapten debidamente a lo largo del tiempo. También los Estados miembros deben seguir: modernizando y simplificando la legislación de protección del empleo para garantizar la protección eficaz de los trabajadores y fomentar las transiciones hacia contratos de trabajo más permanentes; intensificando la lucha contra el trabajo no declarado; estableciendo sistemas de protección social más eficaces para

combatir la pobreza y la exclusión social; manteniendo la sostenibilidad de las finanzas públicas y los incentivos al trabajo, para que los desempleados puedan invertir en búsqueda de empleo y formación, y aumenten sus posibilidades de encontrar empleos adecuados a sus cualificaciones; y adoptando medidas de integración globales para las personas más alejadas del mercado laboral, especialmente los refugiados, para facilitar su acceso al mercado laboral y su participación en la sociedad.

En relación con las políticas fiscales responsables, para afrontar el reto demográfico, se plantea la necesidad de disponer de las que garanticen la sostenibilidad financiera de las pensiones, la asistencia sanitaria y la de larga duración, y puedan ofrecer una protección adecuada para todos, tal como se ha realizado con la reforma de los modelos europeos de protección social en los últimos diez años, sobre todo en el ámbito de las pensiones, con otras medidas de acompañamiento para ampliar la vida laboral, mantener los ingresos de jubilación y prever otros ingresos a través de planes de pensiones complementarios.

Respecto de la asistencia sanitaria y los sistemas de asistencia a largo plazo, afectados por el desafío demográfico, se propone la continuidad de las reformas para mejorar su rentabilidad y asegurar un acceso adecuado.

Entre los próximos pasos a dar se plantea que la UE debe actuar de manera ambiciosa y colectiva para afrontar sus desafíos económicos y sociales, a partir de los pilares integrados, de relanzamiento de la inversión, reformas estructurales y modernización de las finanzas públicas con fuerte énfasis en la creación de empleo y la inclusión social; y que las instituciones de la UE deben acordar las prioridades de ésta y de la eurozona para el año siguiente, que deberán definir las orientaciones para los PNR y los programas de estabilidad o convergencia, así como las recomendaciones específicas por país, cuyo éxito requiere un compromiso firme conjunto con los Estados miembros.

Respecto del Semestre Europeo se señala su sustancial racionalización desde 2015 con un diálogo más genuino con los Estados miembros, centrando más las orientaciones, publicando los informes por país en febrero, y dejando más tiempo para preparar las recomendaciones específicas por país, y se anuncian las mejoras para 2016 sobre: mejor integración de las dimensiones nacional y de la eurozona; mayor énfasis en los resultados del empleo y de su situación actual; fomento de la convergencia mediante la evaluación compartida y las mejores prácticas; y mayor apoyo a las reformas a través de los fondos de la UE y la asistencia técnica.

2.2. El Informe Conjunto sobre el Empleo 2016

Adoptado por el Consejo EPSSCO de 7.03.2016, el Informe Conjunto sobre el Empleo 2016 aborda:

– las tendencias y los retos del mercado laboral, señalando: el inicio de la recuperación económica en 2013 y la mejora de la mayoría de los indicadores del mercado laboral poco después; la determinación de las tendencias del empleo y del desempleo por los movimientos en la búsqueda de empleo y las tasas de pérdida de empleo; las diferentes dinámicas de crecimiento del empleo en los Estados miembros, los sectores económicos y según los tipos de contratos; que la evolución del empleo refleja las tendencias de creación de empleo neto, considerando a las pymes como motor de su crecimiento; la variación de las tasas de actividad según los grupos de población y los Estados miembros y el inicio de la disminución del desempleo y del desempleo juvenil en algunos de ellos, aunque las diferencias siguen siendo considerables; la disminución del porcentaje de ni-nis; la mejora de las tasas de abandono escolar prematuro en la mayor parte de ellos; que el desempleo de larga duración continua a niveles muy altos en varios Estados miembros, con diferencias entre ellos; que, a pesar de la situación desfavorable para es-

tos desempleados, el gasto general en políticas activas del mercado laboral ha disminuido en bastantes Estados miembros por la restricción en los presupuestos públicos; que la baja activación de estos desempleados puede agravar la actual escasez de capacidades; la amenaza del potencial de crecimiento de Europa por las deficiencias estructurales de su base de capacidades; la importancia de la movilidad laboral como mecanismo de ajuste para reducir las diferencias en el desempleo entre los países y resolver la escasez de capacidades; la consonancia de la evolución de los salarios con la productividad en la mayoría de los Estados miembros y su contribución al reequilibrio en la eurozona; y el aumento en los últimos años de la cuña fiscal sobre el trabajo en un número considerable de Estados miembros, especialmente en el caso de los trabajadores con salarios bajos y medios;

– las tendencias y retos sociales, señalando que: los ingresos de los hogares en la UE vuelven a aumentar y que la mayoría de los Estados miembros se han beneficiado del crecimiento de los ingresos brutos disponibles en 2014; el porcentaje de personas en riesgo de pobreza o exclusión social (AROPE) se estabilizó en 2013 y 2014, tras un continuo aumento entre 2009 y 2012; la mayor parte de la evolución de la tasa de AROPE corresponde a los hogares casi desempleados y con privación material grave; la población en edad laboral y sus hijos son los más expuestos al riesgo de pobreza y exclusión social, así como los desempleados, aunque la pobreza de las personas ocupadas también ha aumentado durante la crisis, por término medio hasta el 9,5% en 2014 frente al 8,9% en 2013 y las personas con discapacidad sufren tasas de AROPE más elevadas, 30,1% en 2014; el nivel de estudios continuó siendo clave para las diferencias en las tasas de pobreza de ingresos, cuya desigualdad registró un modesto aumento en 2014; y la media del gasto en protección social como porcentaje del PIB aumentó ligeramente en los 28 Estados miembros.

Como conclusiones generales se señala que España figura en situación débil aunque mejorando respecto de la tasa de desempleo y de los ni-nis; en situación crítica, en cuanto al desempleo juvenil, el riesgo de pobreza y la desigualdad; y en la media de los Estados miembros, respecto de los ingresos disponibles de los hogares.

En cuanto a la actuación de los Estados miembros en materia de reformas en el empleo, se señala: respecto del impulso a la demanda de mano de obra, que los subsidios de empleo siguen siendo un instrumento muy utilizado para apoyar el empleo y la creación de puestos de trabajo; a propósito de la fiscalidad del trabajo, que desde el inicio de la crisis ha puesto de relieve una relación entre la orientación de ésta y el saldo presupuestario de las administraciones públicas; que la práctica general de fijación del salario demuestra que los salarios reales siguen la evolución de la productividad, y que algunos países han adoptado recientemente medidas para abordar la cuestión del salario mínimo.

Respecto de la mejora de la oferta de trabajo, las capacidades y las competencias, se señala que: en una serie de Estados miembros, la reducción de los impuestos sobre la renta de las personas físicas ha favorecido la participación en el mercado laboral; las reformas de las pensiones siguen centrándose en reequilibrar la duración de la vida laboral y de la jubilación, mediante el aumento de la edad de jubilación, condiciones de elegibilidad más estrictas y reducción de posibilidades de jubilación anticipada; algunos han emprendido reformas en 2014-2015 para mejorar las políticas de conciliación a fin de aumentar la participación en el mercado laboral; las debilidades estructurales de los sistemas de educación y de formación siguen repercutiendo en los niveles de las competencias; todos han mantenido sus esfuerzos para apoyar el empleo juvenil y abordar las elevadas cifras de ni-nis, al centrarse en mejorar la calidad de la educación y la formación para facilitar la transición al trabajo; muchos de ellos han intensificado los esfuerzos para apoyar la acti-

vación temprana de los ni-nis, los jóvenes y la comunicación dirigida a los más alejados del mercado laboral; otra prioridad importante ha sido derribar barreras entre los agentes clave (centros de educación, servicios públicos de empleo, empleadores) para el tránsito de la educación al trabajo; algunos se han esforzado en apoyar la creación de empleo y potenciar las oportunidades del mercado laboral para los jóvenes; la rehabilitación profesional es clave para la participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral; y en muchos existe un extraordinario riesgo de arraigo del desempleo de larga duración y de aumento del desempleo estructural, respecto de grupos específicos.

Respecto de la mejora del funcionamiento del mercado laboral, se señala que: los Estados miembros, especialmente los que presentan desequilibrios importantes y mercados laborales segmentados, deben seguir modernizando la legislación de protección del empleo; la dirección de las reformas solo en algunos casos va dirigida a colmar la brecha entre quienes están dentro y fuera del mercado laboral; en un número considerable de ellos continúa mejorando la eficacia de los servicios públicos de empleo; en muchos la reforma del diálogo social está en curso, e incide en su funcionamiento y eficacia, vinculada a la negociación colectiva y con repercusiones sobre la representación de los trabajadores; y que la participación de los interlocutores sociales en la concepción y la aplicación de las políticas y las reformas requiere un mayor seguimiento.

En cuanto a la actuación de los Estados miembros respecto de las reformas sociales para fomentar la integración social, combatir la pobreza y promover la igualdad de oportunidades, se señala que: entre los esfuerzos por frenar o reducir la pobreza y aumentar la participación en el mercado laboral se observan importantes revisiones de los sistemas de prestaciones sociales, el apoyo de las políticas activas del mercado laboral y medidas destinadas a los más expuestos al riesgo de pobreza; la creciente preocupación sobre los efectos del aumento de la pobreza infantil ha hecho

que muchos hayan aumentado las inversiones dedicadas a la infancia; las recientes reformas de las pensiones han contribuido a contener el aumento a largo plazo del gasto en éstas en la mayoría de ellos y su repercusión en la adecuación sigue dependiendo de la capacidad de las mujeres y los hombres de tener vidas laborales más largas y completas; los sistemas sanitarios contribuyen a preservar y restablecer la buena salud de la población de la UE y apoyan la prosperidad; todos necesitan evaluar el rendimiento de los sistemas de atención sanitaria y de cuidados de larga duración, y aplicar reformas sólidas y ambiciosas; en la mayoría se han aplicado importantes reformas en la asistencia sanitaria y varios están adoptando o aplicando reformas en los cuidados de larga duración para garantizar la utilización más eficiente de los recursos existentes; a nivel nacional se han aplicado medidas para facilitar la inclusión social de las personas en riesgo; la igualdad de acceso a una educación integradora y de alta calidad es el primer paso y el más importante hacia la inclusión social; muchas personas con discapacidad se enfrentan a graves formas de exclusión; algunos Estados miembros han adoptado medidas para fomentar la integración de los gitanos; y el flujo creciente de refugiados plantea la recepción e integración de un número cada vez mayor, en particular a los que han adoptado decisiones sobre los paquetes de integración y medidas disuasorias, que deben garantizar el acceso efectivo al mercado laboral para el éxito de la integración.

A partir del Informe Conjunto de Empleo el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 adoptó los siguientes mensajes clave: preocupación porque, aunque la situación social y del empleo mejora lentamente, persisten las divergencias entre y dentro de los Estados miembros y la desigualdad en los progresos en los principales objetivos de la Estrategia Europa 2020; las reformas para apoyar mercados laborales que funcionen correctamente y sean incluso deben continuar; los sistemas fiscales deberían respaldar mejor la creación de empleo; la fijación de los salarios ha venido reflejan-

do la continuidad de la moderación salarial; la inversión en capital humano a través de la educación y la formación se ha centrado sobre todo en los jóvenes; los Estados miembros han mantenido sus esfuerzos para apoyar el empleo juvenil y abordar las elevadas cifras de personas que ni estudian ni trabajan ni siguen ninguna formación; la reincorporación de los desempleados de larga duración al mercado laboral sigue siendo una prioridad; la reforma del diálogo social está vinculada a la de la negociación colectiva y a la representación de los trabajadores; a pesar de que las mujeres en Europa tienen cualificaciones y niveles de formación cada vez más elevados, siguen estando infrarrepresentadas en el mercado laboral; los Estados miembros han seguido modernizando sus sistemas de protección social para prevenir y proteger contra los riesgos durante toda la vida y para facilitar la participación en el mercado laboral; y durante 2015, especialmente alguno de ellos, en respuesta al flujo creciente de refugiados, han adoptado decisiones sobre los paquetes de integración.

También el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 aprobó unas Conclusiones del Consejo sobre el Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y el Informe Conjunto de Empleo 2016, en las que propone: apoyar los mercados laborales integrados que funcionen correctamente con mayor atención a la creación de empleo, elemento clave de las reformas, y a su calidad; realizar mayores esfuerzos frente al desempleo juvenil, reconociendo los efectos positivos de la GJ para su reducción, y de la Recomendación del Consejo sobre la integración de los desempleados de larga duración, que debe ser una prioridad para los Estados miembros; hacer frente a las desigualdades de género, con un planteamiento global para mejorar el equilibrio entre la vida laboral y familiar de hombres y mujeres; invertir en los ciudadanos, en educación y formación, y adecuar mejor las competencias y las necesidades del mercado laboral, y en inversión social, incluida la asistencia sanitaria y de larga duración, los servicios sociales, de asistencia a la infancia y a las personas dependientes; y fomentar

sistemas de inclusión y protección social sostenibles y adecuados, que brinden protección eficaz, eficiente y adecuada durante toda la vida de las personas, garantizando la equidad y reduciendo la pobreza y las desigualdades; y acoge favorablemente el mayor impulso dado a la lucha contra la segmentación del mercado laboral, la adecuada evolución salarial, los sistemas de apoyo a las rentas, las políticas que faciliten la transición a nuevos puestos de trabajo, las competencias y su mejor adecuación a los puestos disponibles, y a la participación de los interlocutores sociales.

Pide a los Estados miembros que: plasmen las prioridades de la Estrategia Europa 2020, del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y del Informe Conjunto de Empleo 2016 en sus PNR y que apliquen políticas en respuesta a las recomendaciones específicas por país 2015; redoblen los esfuerzos para alcanzar los objetivos de empleo y de pobreza y exclusión social de la Estrategia Europa 2020; dediquen esfuerzos a la aplicación de las Recomendaciones del Consejo sobre la GJ y la integración de los desempleados de larga duración; consideren los resultados del IRPS, del IRE, de los exámenes temáticos y de la supervisión multilateral de los Comités de Empleo y de Protección Social al establecer sus políticas; y aumenten la participación de los parlamentos, los interlocutores sociales y la sociedad civil en el Semestre Europeo a escala nacional; a la Comisión que: mantenga el interés renovado en el empleo y las cuestiones sociales del Semestre Europeo y devuelva la Estrategia Europa 2020 al núcleo de éste; y trabaje con los Estados miembros para definir las mejores maneras de apoyar y aplicar las reformas estructurales para facilitar una convergencia al alza; y a los Comités de Empleo y de Protección Social que: colaboren con la Comisión en el intercambio de las mejores prácticas en el marco del análisis temático y de los efectos en el empleo y en la protección social de los flujos de refugiados en la UE; sigan desarrollando su trabajo sobre la supervisión multilateral y temática, revisando los trabajos en materia de flexiguridad a la luz de

la experiencia reciente y de los retos actuales; y trabajen en colaboración con otros comités consultivos en el marco del Semestre Europeo.

2.3. La aplicación de las recomendaciones específicas por país: la segmentación del mercado de trabajo y los acuerdos contractuales

A propósito de la aplicación de las recomendaciones específicas por país, el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 celebró un debate de orientación en torno a: la forma de salvaguardar mejor unas medidas estructurales integradoras y de conciliar el desfase entre las consecuencias negativas a corto plazo de las reformas y los ciclos electorales; si debe ofrecerse a los Estados miembros más margen de maniobra para desarrollar sus respuestas políticas o si las recomendaciones deben ser suficientemente concretas para evitar su reinterpretación por éstos en beneficio propio y ejercer así presión a favor de reformas necesarias aunque impopulares; los consejos que podrían darse sobre la aplicación de las recomendaciones; los factores que han contribuido al éxito de su aplicación y los obstáculos que han tenido que superar; y si la aplicación de las recomendaciones plena y con éxito ha producido los resultados esperados.

Respecto de las recomendaciones sobre la segmentación del mercado laboral y las disposiciones contractuales, el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 examinó la contribución del Comité de Empleo, basada en la revisión temática de éstas, que señala que: las políticas del mercado laboral deben mantener el equilibrio entre flexibilidad y seguridad; en los años 90 y principios de la década siguiente varios países realizaron, ante la demanda empresarial, reformas que aumentaron la flexibilidad, ampliando el alcance de los contratos de duración determinada e introduciendo un catálogo amplio de disposiciones contractuales en la frontera entre el trabajo asalariado y por cuenta propia ante la resistencia a reformar la legislación de protección del empleo en los contra-

tos indefinidos; los riesgos del mercado laboral (mayor inestabilidad contractual y escasez de perspectivas laborales para los trabajadores poco cualificados, de cobertura de desempleo y de perspectivas de crecimiento) se han ido concentrando en grupos de población concretos; la segmentación del mercado laboral se ha convertido en una preocupación y el Consejo y la Comisión han recomendado combatirla mediante reformas de la legislación de protección del empleo; unos Estados miembros han puesto en marcha reformas globales de largo alcance desde el comienzo de la crisis, mientras que otros se plantean cambios importantes en la legislación nacional; recientemente se ha prestado más atención a las nuevas formas de empleo (trabajo compartido, ocasional, intermitente, etc.), que preocupa que oculten empleos precarios con salarios muy bajos en lugar de auténticas oportunidades; el debate se ha trasladado a los mercados laborales segmentados, formados por un mercado primario (fuertemente sindicalizado, con salarios altos, perspectivas de carrera, estabilidad, protección laboral generosa, inversión en capital humano y formación) y otro secundario, de características contrarias; y que se han dado respuestas políticas a las diferencias en dotación de capital humano, con medidas para mejorarlo, y a las brechas reglamentarias que producen fragmentación contractual, cerrando las derivadas de: las limitaciones que mantienen a los trabajadores alejados de los puestos de trabajo primarios, las contribuciones y prestaciones de la Seguridad Social, el tiempo de resolución de los conflictos laborales, la aplicación y los controles poco estrictos de los contratos atípicos, y la rigidez interna de las empresas.

En las conclusiones, tras señalar que en algunos Estados miembros la proporción de contratos temporales está disminuyendo, en otros se estabiliza y los diferentes sectores presentan características muy diferentes, se constatan: avances significativos al afrontar los desafíos que figuran en las recomendaciones; que en algunos casos el proceso político y legislativo ha concluido o está a punto

de hacerlo, y que ahora se trata de aplicar las medidas adoptadas en las mejores condiciones; que las medidas de control en discusión tardarán en ser efectivas y que hay que ser prudentes al medir su éxito a partir únicamente de la proporción de contratos de duración determinada, dependientes de la situación y del ciclo macroeconómico; que las enseñanzas para futuras recomendaciones por país incluyen que vayan acompañadas de un análisis general y que no se centren en detalles específicos cuando la cuestión es más de equilibrio general del mercado laboral, cuya evaluación y mejora serían más productivas; y se proponen una serie de orientaciones políticas referidas a que: el papel esencial de la ejecución judicial del Código laboral debe mantenerse con todo rigor, y la capacidad de los inspectores de trabajo y la aplicación de sanciones adecuadas son elementos clave para lograrlo; una mayor seguridad jurídica en la resolución de disputas laborales puede fomentar que los empleadores utilicen más los contratos fijos que los temporales; una visión panorámica del carácter y efectos de la legislación del mercado laboral en diferentes Estados miembros debe tener en cuenta el funcionamiento del sistema judicial y de las normas de la negociación colectiva; los incentivos económicos y de Seguridad Social para la utilización de contratos fijos necesitan orientación eficaz y pueden resultar costosos, por lo que a largo plazo debe encontrarse una solución más sostenible; el concepto de contrato único de duración indefinida no es una panacea pero puede ser pertinente para fomentar debates y reformas; hay que seguir considerando las nuevas formas de trabajo por cuenta propia y sus repercusiones, también sobre la cobertura de los sistemas de protección social; el falso trabajo por cuenta propia es un problema real que hay que combatir, si bien podría contemplarse un marco adecuado para nuevos tipos de disposiciones contractuales; y la evaluación de las medidas mediante la utilización de microdatos y encuestas a empresas puede ser especialmente valiosa y proporcionar información útil.

2.4. Las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2016

El Consejo EPSSCO de 7.03.2016 sobre las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros 2016 adoptó una orientación general para mantener en 2016 las contenidas en el anexo de la Decisión del Consejo de 5.10.2015, aprobadas definitivamente por la Decisión del Consejo de 13.10.2016 (DOUE, L 280, de 18.10.2016).

2.5. La evaluación de las recomendaciones específicas por país 2016 y de la aplicación de las de 2015

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016 celebró un debate de orientación centrado en las recomendaciones específicas por país 2016, sobre: si se considera equilibrado el centro de atención de estas recomendaciones respecto de la temática que abarcan; si la actual situación económica, laboral y social justifica que el desarrollo de las cualificaciones, la educación y la formación, sean el ámbito que merece más atención; a propósito del desempleo de larga duración, si se considera que existe margen para reforzar la respuesta del Semestre Europeo al desafío de la pobreza; la forma más adecuada de transmitir a un público más amplio los componentes de empleo y social del Semestre Europeo, ante su relativa falta de reconocimiento público, a pesar de su creciente importancia como instrumento para coordinar el ciclo de la gobernanza económica.

También el Consejo EPSSCO de 16.06.2016 refrendó los dictámenes de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre la evaluación de las recomendaciones específicas para 2016 y de la aplicación de las recomendaciones específicas para 2015.

El Comité de Empleo, al analizar las recomendaciones propuestas para 2016 comparándolas con las de 2015, acoge favorablemente las que demuestran la importancia de la

Estrategia Europea de Empleo en el proceso de la gobernanza económica de la UE y en el Semestre Europeo, y su carácter equilibrado; define las prioridades concretas y señala, entre los temas más frecuentemente abordados en ellas, los de las competencias, la educación y la formación, dirigidas a 16 Estados miembros frente a 14 en 2015, y el mayor énfasis en las referidas a las políticas de empleo activas y a los servicios de empleo, que duplican a las de 2015; que sólo 9 Estados miembros recibieron recomendaciones sobre las pensiones y la prolongación de la vida laboral frente a 14 en 2015; y entre los temas menos tratados, los relativos a los impuestos, el trabajo no declarado, el empleo juvenil, en el que las propuestas se han reducido de 5 a 2, los salarios y la competitividad; entre los mensajes horizontales del ciclo de vigilancia multilateral 2015-2016 destacan las 28 revisiones de la GJ y otras 55 recomendaciones específicas por país y 31 retos clave en materia de empleo; y observa el carácter del paro de larga duración, cíclico en unos Estados miembros y estructural en otros, y los resultados de los esfuerzos por encontrar un equilibrio entre la prestación de servicios, los planes de actuación individuales y las políticas activas del mercado laboral.

Con la revisión de la segmentación del mercado laboral y las condiciones contractuales trata de aplicar y supervisar con éxito las medidas introducidas en 2015 y antes, y destaca la importancia de la ejecución judicial del código laboral, la atención a las nuevas formas de empleo y la lucha contra el falso trabajo por cuenta propia y el trabajo no declarado. De la revisión de los salarios y la competitividad concluye que los costes laborales y la evolución de los salarios es conforme con los criterios establecidos en las orientaciones para las políticas de empleo de la mayoría de los Estados miembros y que deben supervisarse las consecuencias de la evolución salarial sobre los grupos más vulnerables, en particular sobre las transiciones en el mercado laboral, subrayando la importancia de la transparencia y la productividad en los mecanismos del salario mínimo, que se complementa con las

bonificaciones fiscales para reforzar sus efectos.

En la revisión de las políticas activas del mercado laboral y de la reforma de los servicios públicos de empleo se detecta una considerable actividad en varios Estados miembros, centrada en la eficacia de aquellas, el aumento de la participación de los grupos vulnerables y la definición de un equilibrio adecuado de los incentivos, y en los esfuerzos para mejorar la capacidad y eficacia de los servicios públicos de empleo. La revisión de las competencias, la educación y la formación profesional y el aprendizaje permanente, ha revelado progresos en muchos Estados miembros en el abandono escolar prematuro, la participación en el aprendizaje permanente, la calidad del aprendizaje en el trabajo y la formación en centros de trabajo, centrandó la atención en la reforma escolar. La revisión de la participación en el mercado laboral se ha centrado en la de las mujeres, los migrantes y los trabajadores mayores; y la de la fiscalidad del trabajo ha mostrado que algunos Estados miembros están tomando medidas para reducirla, aunque con diferentes grados, en particular en el caso de los trabajadores con bajos ingresos.

Respecto del Semestre Europeo, se celebra la continuidad de la tendencia hacia un número más reducido y centrado de recomendaciones basadas en los resultados de la vigilancia multilateral y del indicador de resultados en materia de empleo (IRE) en mayor medida que en años anteriores, solicitando mayor claridad y coherencia en las propuestas; mientras que las recomendaciones dependientes del PDM y del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, tras señalar ciertas mejoras en comparación con años recientes, dada la correlación entre un desempleo elevado u otros problemas del mercado laboral y posibles consecuencias macroeconómicas no constitutivas de un desequilibrio macroeconómico, pueden abordarse de manera más conveniente a través de mecanismos de vigilancia y coordinación multilateral EPSSCO, de modo que un número considerable de cuestiones se traten en las reuniones conjuntas de los Comités de Empleo y Ecofin.

El Comité de Protección Social, al analizar las recomendaciones sobre protección social e inclusión social, observa con preocupación el escaso énfasis en la reducción de la pobreza, dirigidas sólo a dos Estados miembros, como en 2015, frente a las 8 y 6 formuladas en 2013 y 2014, relacionadas con el PDM; plantea nuevas cuestiones referidas a la inclusión social en el contexto de este procedimiento, lo que no es conforme con el aumento del riesgo de pobreza y su grado observado en más de 1/3 de los Estados miembros y en el conjunto de la población en 11 de ellos, con el aumento de la tasa de ocupados pobres en 6 países y una brecha de pobreza cada vez mayor en 7, señalando que desde 2008 y el comienzo de la Estrategia Europa 2020 la situación ha empeorado considerablemente como consecuencia de la crisis económica, pese a los recientes síntomas de mejora; la reducción de la pobreza puede alcanzarse mediante recomendaciones políticas para mejorar la eficacia de los sistemas de protección social, incluido el grado de cobertura de los programas de asistencia social y de la adecuación de las prestaciones, por lo que se han formulado 14 recomendaciones, como en 2015, una parte de ellas incluidas en el PDM, con mayor énfasis en mejorar el acceso a los servicios sociales y su calidad, e impulsar su coordinación; destaca las 9 recomendaciones sobre las reformas de los sistemas de pensiones, de las que 6 se han presentado en el PDM, frente a las 14 de 2015, a fin de garantizar vidas laborales más largas, vinculando la edad pensionable con la esperanza de vida, cerrando la brecha entre la edad legal y efectiva de la jubilación, limitando el acceso a la jubilación anticipada y aumentando los incentivos para retrasarla, y con el objetivo político de su suficiencia y sostenibilidad; las recomendaciones relacionadas con la salud han pasado de 11 a 12 y dos Estados miembros han recibido otras tantas sobre cuidados de larga duración, como en 2015, centradas en su rentabilidad y calidad, y en el acceso en el caso de la asistencia sanitaria.

En las principales conclusiones sobre las revisiones de la vigilancia multilateral en re-

lación con la aplicación de las recomendaciones específicas por país en 2015, se constata que:

– en la reforma de los sistemas de pensiones, la mayoría de los Estados miembros está progresando en el tratamiento de los retos que se plantean, aplicándola en ciclos plurianuales; el aumento de la edad de jubilación es una prioridad para 26 Estados miembros; muchos han tomado medidas para limitar las vías de acceso a la jubilación anticipada, aumentar los incentivos para retrasar la jubilación y revisar el cálculo de las prestaciones; otras medidas se centran en el aumento de las pensiones mínimas como forma de reforzar la protección social de los más necesitados; para garantizar el éxito de las reformas siguen siendo necesarias medidas complementarias, como prolongar la vida laboral y establecer instrumentos de jubilación complementarios basados en el ahorro, para mantener los ingresos tras la jubilación, además de mejorar la inserción laboral de los trabajadores mayores o de estrategias de envejecimiento activo; la sostenibilidad a largo plazo de los sistemas de pensiones no puede basarse sólo en reformas para contener las tendencias de gasto futuras, sino que debe equilibrarse con la suficiencia y la vigilancia para que las mujeres y los hombres dispongan de ingresos suficientes en la vejez;

– en la reforma de los sistemas sanitarios, se ha puesto el énfasis en garantizar la rentabilidad y la sostenibilidad de la asistencia sanitaria, velando por el acceso universal a una atención de alta calidad; en 2015, 11 Estados miembros recibieron recomendaciones, de las que 8 se referían a la mejora de la rentabilidad; la mayor parte de los desafíos para los Estados miembros están en el acceso a la asistencia sanitaria, la baja financiación pública y las deficiencias en la gobernanza de este sector; algunos se han embarcado en reformas ambiciosas en el marco de estrategias sanitarias nacionales plurianuales y globales; varios han actuado sobre la transparencia de los procedimientos y la disponibilidad de la información, para reforzar los derechos de

los pacientes, la elección de proveedores y la reducción de los tiempos de espera; y las reformas iniciadas se deben profundizar para garantizar una base de financiación sostenible y un acceso adecuado para los más vulnerables;

– en la reforma de los cuidados de larga duración, en 2015 dos Estados miembros recibieron recomendaciones, con atención especial a la mejora de su rentabilidad y suficiencia, no obstante lo cual se necesitan esfuerzos adicionales para velar por su sostenibilidad y facilitar el acceso a cuidados adecuados, asequibles y de calidad, mediante políticas activas, promoviendo la vida independiente y evitando la pérdida de autonomía, que reduzcan la necesidad de este tipo de servicios;

– la mejora del funcionamiento de los sistemas de protección social y la reducción de la pobreza han sido objetivos constantes de las recomendaciones, dirigidas en 2015 a 14 Estados miembros, que están haciendo esfuerzos para: abordar la cobertura y suficiencia de las prestaciones sociales y su relación con la actividad laboral, aumentando la cuantía del complemento de ingresos o manteniéndola como prestación universal, centrándose en las prestaciones por desempleo y en la asistencia social; mejorar la supervisión y elección de objetivos, esforzándose en elaborar bases de datos sobre los receptores de prestaciones y servicios sociales; facilitar el acceso a servicios sociales de calidad y prestar ayuda a la reinserción laboral de los más excluidos del mercado laboral; y hacer frente a la pobreza infantil y actuar sobre las prestaciones familiares para facilitar el acceso de los progenitores al mercado laboral y aumentar la ayuda a las familias.

En cuanto a la gobernanza del Semestre Europeo en 2016 se pone de manifiesto que: la presentación temprana de los informes por país de la Comisión, el análisis más detenido de las cuestiones de empleo y de asuntos sociales, y el mayor tiempo disponible para abordar el resultado de estos informes ha garantizado y reforzado la vigilancia multilateral por parte del Consejo y de sus Comités; en la

preparación de las recomendaciones específicas por país la Comisión ha tenido en cuenta en mayor medida que en años anteriores las Conclusiones del Comité de Protección Social, destacando la importancia del seguimiento de su aplicación por los Estados miembros; en el futuro debe evitarse la práctica de concentrar determinadas cuestiones en los considerandos sin la correspondiente recomendación política; el tiempo transcurrido entre la publicación de las propuestas de las recomendaciones y los debates de los Comités ha permitido una mejor coordinación nacional y la mejor organización del trabajo conjunto de los comités consultivos; los Consejos EPSSCO y ECOFIN han garantizado la preparación equilibrada y coordinada de las 19 recomendaciones en el ámbito de la protección social y de la inclusión social en el marco del PDM, teniendo en cuenta que la actual legislación de este Procedimiento no incluye cuestiones relativas a las pensiones, la sanidad, los cuidados de larga duración y la reducción de la pobreza; y se reitera que todos los temas competencia de los ministros de Empleo y Asuntos Sociales deben decidirse en el Consejo EPSSCO y los relacionados con la competencia de este Consejo en materia de protección social, incluso los planteados en el contexto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, deben abordarse conjuntamente por los Comités consultivos EPSSCO y ECOFIN.

2.6. La Recomendación del Consejo sobre el PNR y el dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de España 2016

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016, tras la publicación del informe específico de 2016 sobre España el 26.02.2016 que evalúa los avances en la puesta en práctica de las recomendaciones específicas por país 2015 (Vid. Revista MEySS nº 127, págs. 387 a 390) y de sus objetivos nacionales en el marco de la Estrategia Europa 2020, y la presentación del PNR y del Programa de Estabilidad 2016, pone de manifiesto que:

– las reformas del mercado laboral de los últimos años han aumentado la prontitud de la reacción del empleo al crecimiento económico y se ha reanudado la creación de puestos de trabajo, debido a una mayor flexibilidad y mantenimiento de la moderación salarial; los convenios colectivos han favorecido esta evolución al hilo del acuerdo interprofesional de junio de 2015; el empleo total ha aumentado impulsado por los contratos temporales, cuya proporción es una de las más altas de la UE y limita las oportunidades y los incentivos para acceder a contratos indefinidos, que aumentan lentamente, y la inversión en capital humano; aunque el desempleo este disminuyendo rápidamente, sigue siendo muy elevado, especialmente entre los jóvenes; la incidencia de índices altos de desempleo de larga duración podría cronificarse, en perjuicio de las condiciones laborales y sociales; el 60% de los parados de larga duración están poco cualificados, lo que exige impulsar reformas de las políticas activas y pasivas de empleo y de formación para corregir la inadecuación de las competencias e impedir su depreciación; y la insuficiente interacción con los empleadores en la concepción de los programas de formación;

– la eficacia de las políticas de activación y de las políticas activas de empleo depende en gran medida de la capacidad de los servicios de empleo para diseñar y ofrecer apoyo individualizado a los beneficiarios; la aplicación de las recientes reformas de las políticas activas avanza lentamente y la capacidad de los servicios públicos de empleo para ofrecer ayuda y orientación individualizada efectiva en la búsqueda de empleo sigue siendo limitada; la cooperación entre los servicios sociales y de empleo es desigual en las comunidades autónomas, lo que dificulta la prestación de asistencia coordinada a las personas más alejadas del mercado laboral, en particular a los perceptores de la renta mínima; existen diferencias significativas entre las comunidades autónomas respecto de los regímenes de apoyo a la renta (sobre las modalidades de prestación, los requisitos de acceso, la cobertura y la cuantía) y las dificultades para transferir

las prestaciones sociales dificultan la movilidad entre ellas; la información sobre la transición al empleo desde los regímenes de renta mínima es muy limitada; España está elaborando un mapa de los regímenes vigentes de apoyo a la renta nacional y de las comunidades autónomas; la eficacia de las prestaciones familiares y de vivienda para la reducción de la pobreza sigue siendo limitada; y la falta de servicios de guardería y de cuidados de larga duración adecuados y asequibles desanima a las mujeres a incorporarse al mercado laboral; y más rápido cambio de composición;

– el cada vez más rápido cambio de composición sectorial del empleo en España desde 2008 se ha visto acompañado por un aumento de la inadecuación de las cualificaciones, cuyo bajo nivel general dificulta la transición hacia actividades de mayor valor añadido y el crecimiento de la productividad; a pesar del gran número de personas con estudios superiores, la oferta de cualificaciones no está suficientemente adaptada a las necesidades del mercado laboral, por lo que los índices de empleabilidad de los titulados superiores recientes figuran entre los más bajos y gran parte de ellos desempeñan ocupaciones que no requieren esta titulación; la cooperación entre las empresas y las universidades sigue siendo escasa, pese a la ligera mejora de los últimos cinco años, en parte por el aumento de la representatividad de las empresas en los órganos de gobierno de las universidades; y que la rigidez del sistema de gobernanza universitaria y las trabas administrativas a las que se enfrentan las Oficinas de Transferencias de Resultados de Investigación (OTRIS) agravan los obstáculos para una cooperación más estrecha.

La recomendación específica dirigida a España para incorporar al PNR 2016 y 2017, aprobada por el Consejo el 12.07.2016 (DOUE, C 299, de 18.08.2016), en materia de empleo y asuntos sociales se concreta en: adoptar medidas adicionales, centradas en el apoyo individualizado y el aumento de la eficacia de las medidas de formación, que mejoren la inte-

gración en el mercado laboral; la pertinencia de la enseñanza superior para este mercado, estimulando la cooperación entre las universidades, las empresas y el sector de la investigación; y la capacidad de los servicios de empleo autonómicos, y refuerzan su coordinación con los servicios sociales, los sistemas de apoyo a las familias, incluido el acceso a guarderías y cuidados de larga duración de calidad, y corrijan las deficiencias y las disparidades de los regímenes de renta mínima.

2.7. La evaluación del sexto Semestre Europeo: los Indicadores de Resultados en materia de Empleo (IRE) y de Protección Social (IRPS) 2016

En el Consejo EPSSCO de 13.10.2016 se presentó el IRE 2016, que refleja los resultados del seguimiento y la evaluación de los retos esenciales que figuran en las orientaciones para las políticas de empleo mediante un método en tres fases, incluida una evaluación cuantitativa y cualitativa; y del seguimiento cuantitativo del avance hacia el objetivo principal de la UE y los objetivos nacionales relacionados con éste en el ámbito de las políticas de empleo, para ofrecer una buena visión de los resultados por país y en el conjunto de los Estados miembros.

De esta forma, el gráfico del avance hacia el objetivo global de la tasa de empleo muestra el camino a seguir y el esfuerzo de la UE para alcanzarlo, al igual que los gráficos de los Estados miembros respecto de los objetivos nacionales; y los gráficos del avance hacia el objetivo principal de la tasa de empleo de Europa a 28 y el cuadro sobre los objetivos nacionales de tasa de empleo en comparación con los actuales y los previstos para 2020, actualizados con los datos de las últimas previsiones económicas de la Comisión y del informe sobre el envejecimiento del Comité de Política Económica.

El IRE 2016 incluye la herramienta de evaluación comparativa de los objetivos prin-

cipales de la Estrategia Europa 2020 relacionados con el mercado laboral y los principales indicadores de su evolución, señalando los cinco países con los mejores y los peores resultados. En sendos cuadros, recoge los retos clave en materia de empleo y los buenos resultados del mercado laboral comunes a la UE y para cada Estado miembro. Teniendo en cuenta que se desarrolla y revisa para mejorarlo y actualizarlo en función de los últimos cambios y necesidades, en 2016 incorpora una nueva sección con los resultados y el impacto de la GJ; y en el tablero de instrumentos, por cada uno de los principales indicadores del MEC y para cada Estado miembro: el nivel, los cambios de un año a otro, y los tres últimos años, con los cambios positivos o negativos destacables.

En la ficha correspondiente a España, respecto del avance hacia el objetivo nacional de la tasa de empleo, fijado en el 74%, se señala su evolución favorable, del 59,9% en 2014 y el 62% en 2015 al 64% en 2016, previendo el 65,8% para 2017 y el 66,3% en 2020, de mantenerse la misma tónica y no haber cambios de política. Además de los indicadores clave de los resultados del mercado laboral citados se incluyen los referidos: al abandono prematuro de la educación y la formación, el 11%, y al número de personas en el tercer ciclo de la educación, el 38,7%, en 2015. Sobre los retos esenciales en materia de empleo, en junio de 2016 se destacan como resultados especialmente buenos, la mejora de las tasas de empleo de los ciudadanos de países terceros, el alto porcentaje de nuevos empleados jóvenes y la tasa de pérdida de empleo decreciente.

En cuanto a los resultados y al impacto de la GJ, se indica que los retos y los buenos resultados de 2016, que tienen un carácter demostrativo, influidos por la situación de su aplicación en cada Estado miembro en 2014, el método de notificación y otras cuestiones relacionadas con los datos, deben tratarse con precaución. En el caso de España se señalan como retos las elevadas tasas de desempleo juvenil y de ni-nis, aunque en disminución, y

la baja tasa de cobertura de los destinatarios de la GJ, al no haberse puesto ésta en marcha hasta julio de 2014.

Respecto del IRE 2016 el Comité de Empleo elaboró un Informe sobre los retos clave en materia de empleo y los mensajes clave, refrendados por el Consejo, para contribuir más eficazmente a la preparación del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017, reformando su enfoque prospectivo y mejorando su legibilidad, referidos a que: la creación de empleo debe seguir siendo un núcleo clave de las reformas (inversión de la tendencia del aumento de la carga fiscal sobre el trabajo en algunos Estados miembros; adaptación de los trabajos a la productividad); las competencias, la educación y la formación, ocupan un lugar destacado ante los retos clave en materia de empleo y la inversión en estos ámbitos continúa siendo esencial para contribuir al crecimiento y la competitividad; la participación en el mercado laboral sigue siendo un desafío para la gran mayoría de Estados miembros; la supervisión de la GJ muestra una reducción del desempleo juvenil y la mejora de la transición de la escuela al trabajo; las políticas activas del mercado laboral siguen siendo un elemento central para muchos Estados miembros y la aplicación de la Recomendación para la integración de los desempleados de larga duración debe ser una prioridad para todos ellos; la tasa de desempleo de los nacionales de países terceros en la UE; y los sistemas de protección social y Seguridad Social son motivo de preocupación para los Estados miembros al haberse detectado en algunos un aumento de la tasa de riesgo de pobreza de los desempleados, recordando que la protección social debe fomentar la inclusión activa de las personas más alejadas del mercado laboral.

A partir del informe del Comité de Protección Social sobre el IRPS 2016, el Consejo EPSSCO de 13.10.2016 refrendó los mensajes principales sobre la situación social y las prioridades para las reformas de la política social en la UE, formulados en los siguientes términos:

– la última actualización del IRPS apunta a que: la UE sigue estando muy lejos de alcanzar el objetivo de inclusión social en 2020, dado el estancamiento en un nivel elevado de las cifras globales del riesgo de pobreza o exclusión social; entre las tendencias sociales a vigilar en la UE se observan: el deterioro continuo general en la situación de pobreza relativa, en el grado de pobreza y su persistencia, y el aumento del porcentaje de la población que vive en hogares con casi todos sus miembros desempleados, y de la tasa de riesgo de pobreza de esta población; en 2014, 26,1 millones de niños vivían en situación de riesgo de pobreza o exclusión social, cerca de 1/5 del total de personas en esta situación; la renta de los hogares está aumentando de nuevo en numerosos Estados miembros y reduciéndose la tasa de privación material grave; el desempleo de larga duración y las oportunidades de empleo para los jóvenes entre 15 y 24 años siguen siendo retos fundamentales en la UE, aunque han registrado algunos avances positivos por el descenso de las tasas de ni-nis y de desempleo juvenil; la tasa de participación de los trabajadores mayores en el mercado laboral y los ingresos y condiciones de vida de las personas de edad avanzada continúan mejorando comparativamente con el resto de la población; se mantiene la dispersión y la creciente divergencia en la desigualdad de los ingresos entre los Estados miembros, en aumento desde 2008 en casi la mitad de ellos, por lo que las políticas deben centrarse en fomentar la igualdad de oportunidades; casi la mitad de los Estados miembros tienen potencial de mejora de la eficacia de las prestaciones para la población en edad de trabajar; algunos han realizado reformas políticas significativas centradas en la cobertura y la adecuación de las prestaciones sociales y su relación con la actividad laboral;

– siguen siendo necesarias las reformas políticas basadas en un planteamiento de inclusión activa para fomentar la reintegración al mercado laboral, debiendo esforzarse los Estados miembros en proporcionar servicios integrados adaptados a las necesidades indi-

viduales y en aumentar los incentivos al trabajo; la integración y la equidad de los sistemas de protección social constituyen un reto fundamental en la UE; para reducir la pobreza infantil y romper el ciclo de la pobreza intergeneracional se requieren estadísticas integradas que combinen prevención y ayuda a las familias, facilitando a los progenitores el acceso al mercado laboral;

– siguen existiendo diferencias significativas en el acceso a la asistencia sanitaria de calidad en función del nivel de renta, lo que exige aumentar los esfuerzos a escala nacional para garantizar el acceso universal a estos servicios, asegurando su financiación adecuada y sostenible; y sigue siendo prioritario el acceso a cuidados de larga duración adecuados, asequibles y de calidad, lo que puede implicar pasar de un planteamiento reactivo a otro más proactivo, para evitar la pérdida de autonomía y reducir la necesidad de estos servicios, que integran asistencia sanitaria y asistencia social;

– la atención a los efectos del envejecimiento y la promoción de vidas laborales más largas ha impulsado amplias reformas de las pensiones, que deben continuar para garantizar su adecuación y sostenibilidad, para lo que es esencial reducir el desempleo y apoyar la prolongación de la permanencia en los mercados laborales con mayor participación de las mujeres, y reducir la brecha de género en las pensiones, sin olvidar las políticas de promoción del ahorro complementario, seguro y rentable, con vistas a la jubilación para garantizar la adecuación; la inversión social, los planteamientos preventivos y la incorporación de la perspectiva de género en la formulación de las políticas son necesarios para reforzar la capacidad de toda la población para participar activamente en la sociedad y en la economía; y

– la mejora del rendimiento de los sistemas de protección social para la prevención y reducción de la pobreza será esencial para avanzar hacia el objetivo sobre pobreza y exclusión social de 2020 y contribuir a la mejo-

ra del empleo y de los resultados sociales en la UE.

2.8. Conclusiones del Consejo Europeo y de las Cumbres Sociales Tripartitas sobre el Semestre Europeo 2016

Durante 2016 el Consejo Europeo en sus reuniones formales e informales y las Cumbres Sociales Tripartitas se han ocupado del desarrollo del Semestre Europeo.

Así, el Consejo Europeo en la reunión del 18 y 19.02.2016 refrendó la Recomendación sobre la política económica de la eurozona. En la del 17 y 18.03.2016 confirmó los ámbitos de actuación prioritarios del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2016, que los Estados miembros deberían reflejar en sus próximos PNR y en sus Programas de Estabilidad o de Convergencia, con políticas que contribuirán al asentamiento de la recuperación en una base más sostenible y al impulso del crecimiento y el empleo; tomó nota de la consulta de la Comisión sobre asuntos sociales, destacando la importancia de disponer de mercados laborales y sistemas de Seguridad Social en buen funcionamiento; y anunció que en la reunión de junio abordaría los avances logrados en la realización de la UEM. En la del 28.06.2016 ratificó globalmente las Recomendaciones específicas por país, que previamente había debatido el Consejo, dando por cerrado el Semestre Europeo 2016. En la del 20 y 21.10.2016 pidió al Consejo que aprobara su posición de negociación sobre la propuesta de la Comisión relativa al FEIE teniendo en cuenta la evaluación independiente que se presentará en noviembre, reiterando la importancia de lograr antes de final de diciembre resultados tangibles sobre el apoyo de la UE a los Estados miembros en la lucha contra el desempleo juvenil y sobre el refuerzo de los programas de la UE para los jóvenes. Finalmente, en la del 15.12.2016 acogió favorablemente el acuerdo del Consejo sobre la ampliación del FEIE, que debería ser adoptado en

el primer semestre de 2017, y el aumento del apoyo a la IEJ, pidiendo la continuidad de la GJ.

La reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno, sin asistencia ya del Reino Unido, de 29.06.2016 concluyó con una Declaración en la que señalaron que los europeos esperaban de ellos que respondieran mejor y unidos a sus expectativas en materia de empleo y crecimiento, en la esperanza de un futuro mejor, sobre todo en beneficio de los jóvenes.

La reunión informal de los 27 jefes de Estado o de Gobierno de 16.09.2016, en Bratislava, terminó con la adopción de una Declaración, en la que, a propósito del desarrollo económico y social y de la juventud, se fijaron como objetivos: la creación de un futuro económico prometedor para todos, salvaguardar nuestro modo de vida y ofrecer mejores oportunidades a la juventud; y una Hoja de Ruta con las medidas concretas para alcanzarlos, entre las que figuraban: en diciembre, la adopción de una Decisión sobre la ampliación del FEIE, tras su evaluación; en el Consejo Europeo de primavera 2017, la revisión intermedia del cumplimiento de las diversas estrategias para el mercado único; y en diciembre, las decisiones sobre el apoyo de la UE a los Estados miembros en la lucha contra el desempleo juvenil y sobre el refuerzo de los programas de la UE destinados a los jóvenes.

La Cumbre Social Tripartita de 16.03.2016, se ocupó, como tema central, de la intensificación de la colaboración para la creación de empleo y el crecimiento integrador, concluyendo que, dada la lenta recuperación de la economía de la UE, no será posible garantizar que sea duradera y relanzar el proceso de convergencia más que si las instituciones y los Estados miembros colaboran estrechamente con los interlocutores sociales; y como temas subsidiarios de: la experiencia en la aplicación de las recomendaciones por país; la digitalización y el mercado laboral y los retos de las competencias; el progreso en la integración de los refugiados en el mercado laboral y el papel de los interlocutores sociales; el balance de la

recomendación del diálogo social relanzado en marzo de 2015, que ha permitido reforzar el papel de los interlocutores sociales en el Semestre Europeo y en la elaboración de las políticas y la legislación de la UE, aunque, a pesar de los progresos, hay que asociarlos más estrechamente a la concepción y a la aplicación de las políticas y las reformas a escala nacional, destacando su papel esencial para afrontar los retos económicos y sociales (creación de empleo, crecimiento económico y competitividad de las empresas en el contexto de la globalización, la digitalización y las competencias, a escala europea y de los Estados miembros) a más largo plazo, y el que desempeñan en la búsqueda de soluciones a las situaciones de crisis en la UE.

La Cumbre Social Tripartita de 19.10.2016, trató de: afrontar los retos comunes de Europa (generar crecimiento, crear empleo y garantizar la equidad), para lo que los participantes manifestaron sus opiniones sobre: los principales desafíos a la luz del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2017; la puesta en práctica de la nueva Agenda de Competencias para Europa; el papel fundamental de los interlocutores sociales; y la integración de los refugiados en el mercado laboral y en la sociedad; y de la experiencia adquirida.

A este propósito, el Presidente de la Comisión destacó que: la UE tiene una hoja de ruta clara y la firme resolución de proporcionar empleo, crecimiento y justicia social en Europa, para lo que se han emprendido numerosas iniciativas durante los dos últimos años, desde el Plan de Inversiones para Europa, la profundización del mercado único sobre la base de normas claras y justas o la introducción de la GJ y de una nueva Agenda de Competencias, hasta las consultas sobre un Pilar Europeo de Derechos Sociales; el desempleo se está reduciendo, aunque todavía queda mucho por hacer; el papel fundamental de los interlocutores sociales y el reciente acuerdo sobre un nuevo comienzo del diálogo social deberían sentar las bases para otras medidas a escala nacional y de la UE; y expresó su esperanza en debatir las prioridades de la UE en esta etapa crucial.

Por su parte, el Presidente en ejercicio del Consejo manifestó que el diálogo social puede contribuir a la armonía social y a la aplicación de los compromisos de la Cumbre de Bratislava, subrayando el papel de la Cumbre Social Tripartita como instrumento para familiarizarse con las opiniones de los interlocutores sociales que, al estar en contacto directo con los trabajadores y conocer la situación del mercado laboral y el entorno empresarial, pueden ayudar a afrontar los desafíos actuales.

Finalmente, el Secretario General de la CES, considerando la necesidad de que la UE refuerce la protección social y que la Europa Social es tan importante como la gobernanza económica, señaló el acuerdo de los sindicatos y los empleadores sobre: la necesidad de soluciones europeas para las múltiples crisis que afronta Europa; el aumento de las inversiones públicas y privadas en Europa para impulsar el crecimiento y la creación de empleo de calidad; unas relaciones económicas lo más estrechas posibles entre la UE y el Reino Unido, sin poner en entredicho el mercado único ni la libre circulación de personas, manifestando su deseo de colaborar con los negociadores para encontrar soluciones que minimicen los perjuicios para las empresas y para los trabajadores y sus derechos.

3. EL EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA EN 2016

3.1. El empleo juvenil

3.1.1. *La inversión en empleo juvenil. La aplicación de la Garantía Juvenil: el camino a seguir en 2016*

Fruto de las revisiones anuales realizadas por el Comité de Empleo desde 2013 sobre la aplicación de la Recomendación sobre la Garantía Juvenil a través de la supervisión multilateral, referida a todos los Estados miembros y particularmente a aquellos con recomendaciones específicas relativas a la GJ, contando con los indicadores adoptados en

mayo 2015, el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 aprobó una serie de mensajes clave, que concluyen con la propuesta de un debate sobre el futuro de la IEJ, en los que manifiesta que:

- las revisiones del Comité de Empleo evidencian el compromiso con la aplicación de la GJ por los Estados miembros y los resultados positivos de las medidas, aunque no pueden sustituir a los instrumentos macroeconómicos y otras medidas de fomento del empleo juvenil;

- para evaluar la aplicación y los efectos de la GJ es importante tener en cuenta las condiciones macroeconómicas y presupuestarias diferentes de los Estados miembros; y para obtener el máximo beneficio de los trabajos realizados hace falta el compromiso político continuo y una reforma estructural a largo plazo, además de mayor coordinación y aprendizaje mutuo para extender las mejores prácticas, pues la GJ debe seguir mejorando, ya que no ha aprovechado todo el potencial del intercambio de éstas entre los Estados miembros de la UE y más allá de ella;

- aún no es posible una evaluación completa de la GJ, ya que en muchos Estados miembros se requieren reformas sustanciales y un enfoque amplio de asociación, además de su introducción gradual, ya que su aplicación está reciente o pendiente, por lo que debe acelerarse el refuerzo de las iniciativas para garantizar su plena cobertura en los Estados miembros;

- la calidad y sostenibilidad de las ofertas presentadas en la GJ es diversa, por lo que deberían realizarse mayores esfuerzos para mejorar su integración en el mercado laboral;

- la GJ ha supuesto la creación de asociaciones sólidas y su desarrollo mediante los vínculos con el sistema educativo y el mayor compromiso empresarial con sus prestaciones;

- la necesidad de un planteamiento más diversificado hacia distintos grupos entre los jóvenes con prestación de servicios individua-

lizados, reforzando el acercamiento a los no registrados en los servicios de empleo públicos y a los que se enfrentan a múltiples obstáculos;

- el seguimiento de la GJ debe estar respaldado con datos fiables, por lo que, a pesar del éxito de la primera recogida de datos, los Estados miembros necesitan esfuerzos adicionales para mejorar y lograr una mejor armonización con el marco de indicadores;

- los resultados son una base útil para el seguimiento de la aplicación de la GJ y la mejora permanente de su sistema, pero no deben utilizarse para hacer comparaciones entre los Estados miembros, que en algunos casos deben realizar mayores esfuerzos para superar los obstáculos para introducir ajustes en sus sistemas de control, en particular sobre el suministro de resultados sostenibles para los jóvenes;

- debe garantizarse y desarrollarse más el apoyo a la aplicación de la GJ, afinando el proceso de revisión del Comité de Empleo sin que suponga una sobrecarga excesiva para los Estados miembros, en sintonía con los trabajos sobre el Semestre Europeo, y plantearse su evaluación a largo plazo para completar el ejercicio de revisión anual;

- el éxito de la GJ depende en gran medida de las instituciones de los Estados miembros y en especial de la capacidad o eficacia de los servicios públicos de empleo, insuficiente en algunos de ellos, por lo que abordar este reto es condición previa para su fortalecimiento; y de la inversión permanente en ella, con recursos nacionales y de la UE.

3.1.2. *La revisión de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil: su situación al cabo de tres años*

La Comunicación de la Comisión de 4.10.2016 en respuesta a la petición de los Jefes de Estado o de Gobierno de la UE de 2013 para que informara en 2016 sobre la aplicación de la GJ y el funcionamiento de la IEJ, pre-

sentada en el Consejo EPSSCO de 13.10.2016, refleja los mensajes clave del Consejo, el PE, los interlocutores sociales y las partes interesadas clave, evalúa los primeros resultados e identifica los retos de la GJ, y pone de manifiesto que tres años después de su puesta en marcha hay 1,4 millones de jóvenes desempleados menos, la tasa de desempleo juvenil ha descendido en 2015 en 3,4 puntos porcentuales, hasta el 20,3%, y el número de ni-nis en 1 punto porcentual, hasta el 12% de media en la UE, en la mayoría de los Estados miembros y más rápidamente que para la población adulta, lo que permite concluir que las reformas estructurales del mercado laboral y las políticas educativas y formativas respaldadas por la GJ han tenido influencia.

La Comunicación constata: que la GJ es una realidad en toda la UE, ya que a partir de 2014 más de 14 millones de jóvenes han participado en sus programas, casi 2 millones se inscribieron en algún momento y aproximadamente 9 millones aceptaron una oferta de empleo, educación, aprendizaje o prácticas, y ha servido para ampliar las medidas de reforma de la demanda y la oferta para los jóvenes adoptadas en la mayoría de los Estados miembros, convirtiéndose en un potente impulsor de políticas de reforma; a pesar de la evolución positiva, que deben dedicarse más recursos al apoyo de los jóvenes más alejados del mercado laboral, sin trabajo y no integrados en el sistema educativo o de formación; y la movilización de ayuda financiera de la UE a través del FSE y de la IEJ, dotada con 6.300 y 6.400 millones de euros respectivamente, y del programa del BEI, para invertir en competencias, 7.000 millones de euros, y para el empleo de los jóvenes, más de 26.000 millones de euros, dedicados a las pymes, entre 2013 y 2015.

Tras recordar las principales características de la GJ y poner de manifiesto la mejora de las cifras del mercado laboral desde 2013, y su contribución a impulsar la demanda para los jóvenes y a apoyar la adopción de medidas para crear empleo, señala que: ha actuado como un potente impulsor político,

complementario de la utilización de instrumentos macroeconómicos y de otras políticas de fomento del empleo juvenil de los Estados miembros, que entre 2013 y 2015 aprobaron 132 reformas del mercado laboral dirigidas a los jóvenes, centradas en las políticas de empleo juvenil, divididas en tres grupos según el grado en que la GJ las ha impulsado (grupo A –de reforma acelerada– proporcionando un nuevo impulso y acelerando los acontecimientos políticos en países que se enfrentan a retos importantes y que reciben un apoyo financiero considerable de la UE; grupo B –de marco estratégico reforzado– ampliando o adaptando medidas vigentes ajustadas a la Recomendación, en el caso de políticas consolidadas; grupo C –de reforma más limitada– debido a una prioridad más baja, retrasos o interrupciones en la aplicación de medidas clave); ha ayudado a construir asociaciones con interlocutores sociales y servicios para jóvenes, incluidas las organizaciones juveniles que han participado en el diseño y aplicación de los sistemas nacionales de GJ; las reformas en el sistema de aprendizaje y de prácticas, además de ayudar a preparar mejor a los jóvenes para responder a las necesidades del mercado laboral, han contribuido a fortalecer el compromiso con el empresariado; la mayoría de los servicios públicos de empleo han mejorado la orientación y ampliado su oferta disponible de servicios; a pesar de la importancia concedida a la intervención temprana y a los ni-nis no registrados, que puso de manifiesto las lagunas existentes en la prestación de servicios y garantizó la adopción de un nuevo enfoque en las actividades de difusión de la GJ mediante la creación de un registro en línea, el desarrollo de campañas específicas, el establecimiento de ventanillas únicas, y servicios centralizados o móviles, los sistemas de GJ no han llegado a todos los jóvenes que han abandonado la educación o perdido el empleo; desde 2014, 14 millones de jóvenes han participado en sistemas de GJ, 9 millones aceptaron una oferta, la mayoría de empleo, y de todas las ofertas realizadas en el plazo de 4 meses el 70,2% fueron de empleo, 13,6% de educación, 12,1% de prácticas y 4,1% de formación de aprendices.

La Comunicación destaca también los factores de éxito de la GJ, esenciales para obtener resultados positivos (fuerte apoyo institucional y coordinación interna; estrategias de difusión para acercar a más jóvenes al sistema; punto de contacto único que ayude a prestar servicios adaptados a las necesidades específicas de cada persona; eliminación de las barreras entre el sistema educativo y el mercado laboral aplicando un enfoque centrado en las asociaciones; sistemas de educación y formación modernos que proporcionen las competencias necesarias en el mercado laboral; y una fuerte implicación de los empleadores) y señala que, a pesar de los avances, hace falta un mayor esfuerzo para ayudar a los jóvenes más alejados del mercado laboral, especialmente a los inactivos.

Del análisis de la repercusión de los cambios estructurales apoyados por la GJ, se concluye que ha sido determinante para mejorar los resultados del mercado laboral para los jóvenes y que el éxito de su aplicación ha venido respaldado por la movilización de los fondos de la UE, de la IEJ y del FSE (que tienen previsto invertir al menos 12.700 millones de euros en medidas de inserción laboral en 2014-2020, 6.400 de la IEJ y 6.300 del periodo de programación 2014-2020 del FSE para apoyar la integración en el mercado laboral de los jóvenes), en 20 países que pueden optar a la IEJ, que se han traducido en la ayuda a más de 1,4 millones de jóvenes, con avances significativos en la segunda mitad de 2015 y en 2016, de modo que a finales de julio de este año se habían seleccionado operaciones por importe superior a 4.000 millones de euros, en marcha o a iniciar en breve, a pesar de que en los dos primeros años del periodo de programación la aplicación de la IEJ no cumplió la expectativa de la rápida puesta en marcha de sus medidas.

La Comunicación señala: que la movilización en la UE de una serie de instrumentos políticos específicos (puesta en marcha de un sitio web de la GJ; ofrecimiento de un servicio de asesoramiento específico para la creación de sistemas de formación de aprendices y de prác-

ticas en 2013 y 2014; 18 proyectos piloto de GJ en 7 Estados miembros, etc.) para apoyar a los Estados miembros y supervisar los avances han ayudado a éstos a establecer el marco institucional adecuado para mejorar la capacidad de ofrecer sistemas de GJ, y a poner en marcha las intervenciones con arreglo a la IEJ; que la creación de un amplio marco de supervisión en la UE ha ayudado al seguimiento de la aplicación de la GJ en el Semestre Europeo, singularmente mediante las revisiones de vigilancia multilateral del Comité de Empleo; las iniciativas específicas (la Alianza Europea para la Formación de Aprendices, que ha desarrollado un plan de acción en 2016 con 12 acciones que se pondrán en marcha durante el año; el Pacto Europeo por la Juventud, iniciado en octubre de 2015 con el objetivo de crear 10.000 asociaciones de calidad entre empresas y centros formativos y generar 100.000 nuevas oportunidades de formación de aprendices, periodos de prácticas o primeras contrataciones de calidad durante los dos próximos años; «Tu primer empleo Eures», que entre 2011 y 2014 ha financiado 4.251 puestos de trabajo con un presupuesto de 12 millones de euros) que mejoran la provisión de ofertas de calidad; y la gran atención prestada a la GJ en la agenda internacional.

Respecto de las lecciones de los primeros años de aplicación de la GJ para acelerarla y ampliarla, se califica de esencial el mantenimiento del compromiso político continuado y la ayuda financiera como reforma estructural a largo plazo para aprovechar el trabajo realizado hasta el momento; y que debería implicar mejor a los ni-nis no registrados y a los jóvenes menos cualificados, reforzar las capacidades y mejorar la calidad de las ofertas, los resultados, la cooperación entre los proveedores de formación y los empleadores, e introducir mejores mecanismos para garantizar que los jóvenes reciban ofertas de calidad.

La Comunicación concluye con los próximos pasos a dar para afianzar plenamente la GJ y movilizar todos los recursos de la IEJ, y pone de manifiesto que la prioridad debe ser lograr la plena implicación de los sistemas na-

cionales de GJ, acelerando y ampliando el alcance de su aplicación, facilitando este proceso, mostrando los principales factores de éxito e identificando los ámbitos en los que seguir trabajando, para lo que los Estados miembros seguirán recurriendo a la ayuda de la IEJ hasta 2018, siempre que haya financiación de 2014-2015 disponible, permitiendo su continuidad en el contrato de revisión del marco financiero plurianual 2014-2020, contando con la propuesta de la Comisión de añadir a la asignación inicial de la IEJ 1.000 millones de euros en el periodo 2017-2020, complementada con una aportación de la máxima cuantía del FSE, para la aplicación de medidas activas de apoyo a la integración sostenible en el mercado laboral y el compromiso de modernizar sus capacidades y cualificaciones.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la aplicación de la GJ y la IEJ en las que: acoge favorablemente la Comunicación; toma nota de su propuesta de continuidad de la IEJ; recuerda las Conclusiones del Consejo Europeo de 20 y 21.10.2016 en las que se pidió el apoyo de la UE a los Estados miembros para luchar contra el desempleo juvenil y el refuerzo de los programas de la UE dirigidos a los jóvenes; reconoce la resolución de los Estados miembros de implantar los sistemas de GJ y de IEJ y sus primeros resultados positivos y su labor para movilizar recursos financieros adicionales, reforzar y modernizar las instituciones del mercado laboral y apoyar las asociaciones entre los sectores del empleo, la educación y la juventud; destaca que los Estados miembros han apoyado reformas en educación y formación para proporcionar a los jóvenes las competencias necesarias para facilitarles la transición al mercado laboral, el papel de la ayuda financiera del FSE y de la IEJ, y la necesidad de incorporar mejor a los jóvenes desfavorecidos y de promover mejores itinerarios para acceder al mercado laboral; subraya la importancia de reforzar las actividades de acercamiento a los jóvenes ni-nis no registrados en los servicios públicos de empleo; y reconoce la necesidad de ofertas de buena calidad y la im-

portancia de servicios de orientación y asesoramiento personalizados para los jóvenes.

Solicita a los Estados miembros que: sigan reforzando la aplicación de la GJ, prosigan los esfuerzos para llegar a los jóvenes no registrados en los servicios públicos de empleo mediante la mejora de las competencias, y garanticen la contribución de la mejora de las ofertas a la vinculación sostenible de los jóvenes al mercado laboral; a los Estados miembros y a la Comisión que: estudien mejorar la aplicación y reforzar los recursos UE dirigidos a los jóvenes desempleados e inactivos y seguir desarrollando las ofertas de formación de aprendizaje para alcanzar niveles altos de movilidad de los aprendices; y trabajen en el marco de la Red de servicios públicos de empleo de la UE para implantar la GJ y evaluar sus avances; a la Comisión que: siga apoyando a los Estados miembros en la lucha contra el desempleo juvenil, el aprendizaje mutuo y la difusión de buenas prácticas para apoyar a los ni-nis no registrados y a los jóvenes que afrontan múltiples obstáculos para acceder y permanecer en el mercado laboral o reintegrarse al sistema educativo; y cree sinergias con otras iniciativas para jóvenes, apoyando el aprendizaje mutuo entre los Estados miembros para cumplir lo establecido en el marco de calidad para los periodos de prácticas y las reformas de la formación de aprendices, estimulando asociaciones económicas con los proveedores de educación y formación profesional, y proponiendo reforzar las asociaciones de éstos con el sector de la juventud en el marco de la estrategia «Educación y Formación 2020»; y al Comité de Empleo que: siga mejorando el seguimiento de la aplicación nacional de los sistemas de GJ en el marco del Semestre Europeo; explore la posibilidad de examinar normas para criterios de calidad según el marco de indicadores comunes para el seguimiento de la GJ; y prosiga los esfuerzos para garantizar la transparencia, la comparabilidad y la interpretación consensuada de los datos recogidos en el marco de los indicadores.

3.2. La Nueva Agenda de Competencias para Europa

En el debate de orientación celebrado en el Consejo EPSSCO de 7.03.2016 sobre la Nueva Agenda de Competencias para Europa y la necesidad de futuras competencias para afrontar los retos y aprovechar los últimos avances, en particular en el ámbito digital, y garantizar su desarrollo y actualización para que las personas puedan adaptarse a un mercado laboral y una sociedad en constante cambio, con propuestas de medidas específicas de la UE y el respaldo a los esfuerzos de los Estados miembros dirigidos al fomento de la participación de las partes interesadas en la educación, la formación y el mercado laboral, los Ministros trataron del papel de la UE en la promoción del nivel de competencias en los Estados miembros, y plantearon cuestiones y reflexiones que la Agenda deberá abordar en el marco de esta iniciativa europea referidas a: la configuración de la Agenda sobre las competencias, los temas a los que la UE deberá prestar atención primordial, la contribución de la Comisión, si sería provechoso elaborar parámetros para evaluar los resultados de los Estados miembros y si deberían utilizarse en el marco del Semestre Europeo; la transición de la educación al empleo, sobre la contribución de las políticas de empleo y los empleadores a mejorar las competencias de quienes acceden al mercado laboral, y el papel de las organizaciones de trabajadores y de empleadores, las instituciones educativas y los gobiernos para facilitarla; la permanencia de los trabajadores en el mercado laboral, sobre cómo las asociaciones entre empresas, la enseñanza y el gobierno podrían adaptarse a una economía en evolución e invertir en el mantenimiento de las competencias de la población activa; cómo deberían seguir recibiendo los empresarios más incentivos para invertir en los trabajadores, considerando la incidencia de la digitalización y la robotización sobre el empleo; el pleno aprovechamiento del potencial de la población activa, sobre cómo reconocer y utilizar mejor las competencias adquiridas a través del aprendizaje no formal e informal;

y cómo elaborar estrategias eficaces para una mayor participación de los trabajadores mayores, con bajo nivel de estudios y con contratos temporales.

El Consejo EPSSCO de 13.06.2016 celebró un nuevo debate de orientación sobre la Nueva Agenda de Competencias para Europa, aprobada por la Comisión el 10.06.2016, que resumía su visión sobre la importancia estratégica de las competencias para apoyar el empleo, el crecimiento y la competitividad, instando a las autoridades y partes interesadas a participar y trabajar conjuntamente para mejorar el nivel y la calidad de las competencias en la UE, concretamente en: las medidas que pueden tomar los empresarios, los emprendedores y los agentes sociales para mejorar la cooperación con los educadores y las escuelas para contribuir a lograr este objetivo; si los centros educativos y de formación están proporcionando las competencias que necesitan las personas ahora y en el futuro, para una sociedad interconectada y con mercados laborales en rápida evolución; y los nuevos esfuerzos necesarios para ayudar a los jóvenes a prepararse para estos mercados, por ejemplo mediante el aumento de las oportunidades de movilidad, así como la experiencia profesional y el voluntariado, habida cuenta de que ayudar a los jóvenes europeos sigue siendo una de las prioridades de la agenda política de la UE.

Además, en la misma sesión el Consejo aprobó el dictamen del Comité de Empleo que: apoya las prioridades señaladas en la Agenda; toma nota: del potencial de empleo de las políticas activas del mercado laboral para contribuir a su desarrollo, que requiere una amplia gama de competencias, y de la importancia de afrontar los déficits y desajustes reales de ellas, relevantes para su buen funcionamiento; y del fomento de las asociaciones de educación empresarial, del aprendizaje basado en el trabajo, y de la mejora de la portabilidad transfronteriza de las cualificaciones en las orientaciones para el empleo; acoge con satisfacción que la Agenda proponga acciones integradas que incluyen las competencias necesarias y

el énfasis en los trabajadores poco cualificados con hincapié en la perspectiva de género; considera positivamente las iniciativas de la Agenda para promover la transparencia y el reconocimiento de las cualificaciones; subraya la importancia de mejorar las competencias digitales; acoge positivamente los aspectos de la Agenda sobre la educación y la formación profesional así como sus objetivos políticos; observa que debería ser apoyada por otras medidas (inversión en educación y formación; acceso al aprendizaje permanente o en el lugar de trabajo; incentivos a los empleadores, especialmente a las pymes) y explora la idea de la responsabilidad conjunta de las autoridades, los trabajadores y los empleadores en el aprendizaje permanente; reitera la importancia de sus iniciativas sobre validación de competencias para acceder a nuevas oportunidades de empleo o reincorporación al mercado laboral. Ante el futuro, subraya la necesidad de evitar crear estructuras paralelas de seguimiento y gobernanza, utilizando los instrumentos del Semestre Europeo, especialmente la vigilancia multilateral; y manifiesta su disposición a participar en la dirección, análisis y supervisión previstas en la Agenda, destacando la importancia de comprometer en sus trabajos a las partes interesadas y los interlocutores sociales, observando que muchas iniciativas de la Nueva Agenda requerirán financiación adecuada para avanzar.

Finalmente, el Consejo aprobó una Resolución sobre «Una Agenda de Capacidades para una Europa integradora y competitiva» (DOUE,C 467, 15.12.2016), en la que, teniendo en cuenta el nuevo contexto político, en el que los nuevos métodos de trabajo, la automatización y la robotización afectan a los conocimientos, capacidades y competencias necesarios para que las personas puedan desarrollar su trabajo y adaptarse a los cambios futuros en la sociedad y el empleo; los bajos niveles de capacidades básicas, transversales y competencias digitales ponen en peligro la empleabilidad; y diversas partes de Europa están afectadas por periodos prolongados de crecimiento escaso de la economía y del empleo, el envejecimien-

to de la población y el aumento de los flujos migratorios; toma nota de la Comunicación de la Comisión sobre «Una nueva Agenda de Capacidades para Europa: trabajar juntos para reforzar el capital humano, la empleabilidad y la competitividad»; y conviene en destacar: que la misión de la educación y la formación consiste en preparar para el mercado laboral y en contribuir a la integración y cohesión social mediante el mayor desarrollo personal de los individuos y un aprendizaje permanente; la necesidad de excelentes profesores y formadores para desarrollar las competencias que requieran la vida y el trabajo futuros; el fortalecimiento de los vínculos entre los ámbitos educativo y formativo y laboral en los que participan todas las partes interesadas pertinentes para garantizar la contribución a mejorar la empleabilidad, la integración y la participación activa de las personas en la sociedad y la adaptabilidad de los sistemas de educación y formación a los cambios sociales y del mercado laboral, fomentando el compromiso de los empresarios con el aprendizaje permanente de los empleados; que la educación y la formación deben responder a las necesidades de competencias técnicas específicas del mercado laboral y al objetivo de crear las actitudes que permitan adquirir los nuevos conocimientos y competencias que demande el desarrollo tecnológico futuro; que las medidas expuestas en la Nueva Agenda deberían llevarse a cabo en el marco estratégico de la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación y en otros procesos como el Semestre Europeo; y que debe considerarse la disponibilidad de financiación adecuada de la UE para garantizar la viabilidad de las acciones acordadas en la Nueva Agenda.

3.3. El marco europeo de cualificaciones para el aprendizaje permanente

En el Consejo EPSSCO de 16.06.2016 se presentó la Recomendación del Consejo relativa al Marco Europeo de Cualificaciones para el Aprendizaje Permanente (MEC), que deroga la de 23.04.2008 sobre la creación de

este Marco, basada en sus logros; garantiza la continuidad de los procesos iniciados en algunos países para la correlación de sus marcos de cualificaciones con los niveles del MEC; y pretende seguir desarrollándolo y hacerlo más eficaz para facilitar la comprensión de las cualificaciones nacionales, internacionales y de terceros países por los empresarios, los trabajadores y los alumnos, contribuyendo al mejor uso de las cualificaciones disponibles en beneficio de los ciudadanos, el mercado laboral y la economía.

Sus objetivos son: reforzar el proceso de correlación de los sistemas nacionales de cualificaciones con los niveles del MEC; mejorar la transparencia, comparabilidad y comprensión de las cualificaciones de las personas; garantizar que los diferentes países apliquen el MEC más coherentemente; mejorar la difusión y comunicación del MEC; apoyar itinerarios flexibles de aprendizaje permanente y una transición sin fisuras dentro de los sistemas de educación y formación y entre ellos, y entre éstos y el empleo; y en una etapa posterior, mejorar la transparencia, la comprensión y la comparabilidad de las cualificaciones de un tercer país con las de la UE; y garantizar una gobernanza más eficaz del MEC a escala nacional y de la UE.

Se trata de una de las iniciativas de la Nueva Agenda de las Competencias para Europa y complementa otras acciones, tales como la Recomendación del Consejo por la que se establece una Garantía de Capacidades de 10.06.2016, que ofrecerá a los adultos que han abandonado la educación inicial o la formación antes de completar la segunda etapa de la enseñanza secundaria o equivalente el acceso a itinerarios para adquirir un nivel mínimo de lectura, escritura y cálculo, incluso un conjunto de capacidades más amplias que conduzca a cualificación de nivel 4 del MEC, en coherencia con otras políticas e iniciativas europeas [Decisión 2241/2004/CE del PE y del Consejo relativa a un marco comunitario único para la transparencia de las cualificaciones y competencias; las nuevas prioridades del

marco estratégico para la cooperación europea en la educación y en la formación hasta 2020; la Recomendación del Consejo de 20.12.2012 sobre la validación del aprendizaje no formal e informal; la Clasificación Europea de capacidades, competencias, cualificaciones y ocupaciones (ESCO); las Normas y Directrices europeas en materia de Garantía de la Calidad de la Educación Superior; el proceso de Bolonia en la educación superior; políticas e iniciativas de empleo como el Reglamento EURES y las Recomendaciones del Consejo relativas a la GJ y al desempleo de larga duración; y la Directiva 2005/36/CE sobre el reconocimiento de cualificaciones profesionales, de 7.09.2005, modificada por la Directiva 2013/55/UE del PE y del Consejo, de 20.11.2013] sobre educación y empleo.

Entre las recomendaciones a los Estados miembros incluye: que utilicen el MEC para comparar todos los tipos y niveles de cualificaciones en la UE; correlacionen sus sistemas y marcos nacionales de cualificaciones con el MEC y las actualicen periódicamente; garanticen que las cualificaciones correlacionadas se ajusten a los principios comunes de la garantía de calidad y que los sistemas de créditos de los marcos y los sistemas nacionales de cualificaciones se ajusten a los principios comunes de los anexos correspondientes; adopten medidas para garantizar que los nuevos certificados, diplomas y cualificaciones contengan una referencia clara al nivel correspondiente del MEC; pongan a disposición del público y de la Unión los resultados del proceso de correlación y garanticen la accesibilidad y la publicidad de la información sobre las cualificaciones y sus resultados; fomenten la utilización del MEC por los interlocutores sociales, los servicios públicos de empleo y los prestadores de educación; y refuercen la coordinación de los planes nacionales de aplicación de la Recomendación.

A la Comisión, en colaboración con los Estados miembros y las partes interesadas, le recomienda que: desarrolle metodologías en la nivelación de las cualificaciones nacionales,

sobre el uso y la aplicación de los resultados del aprendizaje en las cualificaciones; estudie la creación de un registro de organismos supervisores de los sistemas de garantía de calidad de éstas; desarrolle un formato estándar para la descripción de los resultados del aprendizaje a efectos de comparación y una forma normalizada de comunicar sobre el MEC y sobre cómo presentar sus niveles en los nuevos certificados, diplomas y cualificaciones complementarias; apoye el desarrollo y aplicación de criterios y procedimientos para facilitar la comparación de los marcos de cualificaciones nacionales y regionales de terceros países con el MEC; establezca revisiones entre iguales y el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados miembros; garantice el desarrollo del MEC en colaboración con la cooperación europea en materia de educación y formación y la utilización de los recursos del programa ERASMUS + para apoyar la aplicación de esta Recomendación.

Finalmente, recomienda a la Comisión que: informe sobre los progresos alcanzados y evalúe las acciones emprendidas, y al Consejo, de aquí a 2022, de la experiencia y de las repercusiones de cara al futuro, incluida su posible revisión.

3.4. La Red de servicios públicos de empleo de la UE: aprendizaje comparativo

La Presidencia del Consejo presentó en el Consejo EPSSCO de 13.10.2016 un informe sobre el aprendizaje comparativo en la Red de servicios públicos de empleo (SPE) de la UE como motor para su reforma, en el que señala que: es fundamental su mayor eficiencia y eficacia para el óptimo funcionamiento de los mercados laborales y para el éxito de la Estrategia Europa 2020, destacando su situación de vanguardia en la puesta en marcha de la GJ, desde su creación en 2014; el sistema de aprendizaje comparativo se sitúa en el centro de las actividades de la Red, para aumentar la calidad de los servicios prestados a los solici-

tantes de empleo y a los empleadores y extraer recomendaciones de reforma a partir de la evaluación, cualitativa (en base a los indicadores sobre gestión de rendimiento y definición de objetivos, canalización eficiente y elaboración de perfiles de solicitantes de empleo, uso de los instrumentos activos del mercado laboral, gestión de las transiciones, relación con los empleadores, asociaciones con las partes interesadas, y asignación de recursos a los SPE) y cuantitativa (centrada en indicadores sobre reducción del desempleo en todos los grupos de edad y colectivos vulnerables, duración del desempleo y de la inactividad, ocupación de puestos vacantes y satisfacción de los usuarios con los servicios de los SPE) de su funcionamiento; los primeros resultados del aprendizaje comparativo son muy positivos y han servido para establecer los programas de reforma de los primeros SPE; dota a la Red de un conjunto de evaluaciones propias y externas que mejoran el conjunto de datos cuantitativos y permite una primera evaluación del rendimiento de los SPE europeos con transparencia; los SPE están facultados para trabajar para lograr un mejor rendimiento, empleando los resultados del proceso para definir e impulsar sus planes de reformas en curso; las actividades de aprendizaje mutuo están evolucionando y los SPE aprenden de las buenas prácticas de forma activa; y que el primer ciclo de aprendizaje comparativo se completará determinando las correspondencias entre las estructuras y los resultados del funcionamiento de los SPE.

3.5. La integración de los desempleados de larga duración en el mercado de trabajo: indicadores

El seguimiento de la aplicación de la Recomendación del Consejo sobre el desempleo de larga duración centró el cambio de impresiones del Consejo EPSSCO de 13.10.201 a partir de la experiencia de tres Estados miembros (Bulgaria, Letonia y Dinamarca).

Tras constatar: que la cifra de desempleados de larga duración sigue siendo elevada, a

pesar de su disminución en 1,5 millones en el último año, el 4,8% de la población activa, de los que 10,5 millones llevan desempleados más de un año, y de éstos 6,6 millones más de dos años, y que debe continuar abordándose con la máxima urgencia, y recordar la adopción el 15.02.2016 de la Recomendación del Consejo sobre la integración de los desempleados de larga duración en el mercado laboral (Vid. Revista MEySS n° 127, págs. 413 y 414); que los Estados miembros que afrontan mayores dificultades en relación con este problema son los que presentan un mayor déficit de capacidad, cuya solución requiere: inversiones considerables del FSE para crear una infraestructura de datos que vincule la información de los proveedores de servicios sociales y de formación con los SPE, financiar la participación de los empleadores mediante incentivos al empleo, formación subvencionada en el puesto de trabajo, aprendizaje profesional para adultos, y servicios reforzados para empleadores; la implicación de las empresas de economía social y de empleo protegido para grupos desfavorecidos y de las medidas relativas a la demanda para estimular el crecimiento y el empleo; que debe realizarse el seguimiento estructurado y ambicioso de los avances en la aplicación de la Recomendación mediante indicadores cuantitativos claros; y que la Red de SPE de la UE debe seguir desarrollando el aprendizaje comparativo; se refrendaron los mensajes clave elaborados por el Comité de Empleo, en los términos siguientes:

- el análisis exhaustivo de las personas desempleadas a través de los factores que pueden afectar a la capacidad de inserción profesional (competencias, salud, situación social y financiera) es un elemento clave para reforzar la prevención de este desempleo;

- si falla la prevención, los acuerdos de integración laboral, cuyo seguimiento y actualización son cruciales para la integración óptima en el mercado de trabajo, deben incluir disposiciones claras sobre responsabilidades, que puntualicen quien asume las medidas de seguimiento, objetivos claros, compromisos

en la búsqueda de empleo, condiciones de las prestaciones y sanciones para su eficacia;

- el uso de canales eficaces para el contacto personalizado entre el desempleado y el asesor para luchar contra el desempleo de larga duración es importante, y requiere combinar incentivos para la búsqueda de empleo de estos desempleados con protocolos de cooperación con los empleadores y para la contratación y la formación, así como fortalecer y ampliar las asociaciones entre los servicios de empleo y los servicios sociales, considerando la coordinación y la integración de servicios como un factor de ayuda para la reincorporación de los desempleados de larga duración al mercado laboral;

- es esencial determinar la organización responsable del punto de contacto único, adaptando sus funciones a la situación local o a las características de la persona desempleada, dotándole de una infraestructura informática bien desarrollada que permita a las organizaciones pertinentes acceder a datos de clientes y transferir expedientes e historiales individuales entre proveedores de servicios; y ajustar los incentivos presupuestarios institucionales destinados a los proveedores de servicios para activar el desempleo de larga duración; y

- es necesario explorar las formas para transformar la prestación de servicios de algunos SPE participando en asociaciones público-privadas o mejorándolas, para aumentar su rendimiento y cumplir con la Recomendación, desde la sostenibilidad de su financiación.

4. LAS RELACIONES LABORALES Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO

4.1. El nuevo comienzo del diálogo social

El Consejo EPSSCO de 7.03.2016 conoció el informe de la Comisión sobre el estado de los trabajos tras la puesta en marcha de un

nuevo comienzo del diálogo social durante la Conferencia de Alto Nivel, celebrada en Bruselas el 5.03.2015.

El informe recuerda: los artículos 151 y 152 TFUE, sobre el fomento del diálogo entre los interlocutores sociales y la promoción de su papel para llegar a acuerdos cuya ejecución puede exigir la legislación de la UE, que implica modelos de relaciones laborales en los que se puede desarrollar autónomamente la negociación colectiva a todas las escalas y niveles, lo que exige la eficacia de este diálogo; que el diálogo social forma parte del modelo social europeo y constituye un factor esencial para el buen funcionamiento de la economía social de mercado; su desarrollo gradual a escala europea desde el Tratado de Maastricht; su contribución directa a mantener el empleo durante la crisis a través de los regímenes de reducción del tiempo de trabajo, y a promover las condiciones para la creación de puestos de trabajo y la calidad del empleo, la mejora de las condiciones de trabajo, el mayor ajuste entre la oferta y la demanda de éste o la creación de un entorno laboral más favorable al crecimiento sostenible y a facilitar las reformas estructurales necesarias en respuesta a los retos de la mundialización y los cambios tecnológicos, demográficos y climáticos; la capacidad de desarrollar plenamente su potencial a causa del impacto de la crisis económica, por lo que habrá que mejorar su funcionamiento y eficacia en algunos Estados miembros; el desarrollo de la Conferencia de Alto Nivel, que debatió la participación de los interlocutores sociales en la gobernanza económica en la UE y nacional y en la elaboración de las políticas y la legislación de la UE, donde el Presidente Juncker destacó que el nuevo comienzo del diálogo social debía producirse a escala UE y nacional y en los foros tripartitos y bipartitos, y los interlocutores sociales y la Comisión acordaron que debería traducirse en una participación más importante en el Semestre Europeo, en la capacitación de los interlocutores sociales nacionales, en la elaboración de políticas y legislación de la UE, y en una relación más clara entre los acuerdos de los interlocu-

tores sociales y el programa «Legislar mejor»; la creación de dos grupos temáticos para fundamentar sus compromisos y vigilar la aplicación del nuevo comienzo del diálogo social: sobre diálogo social, gobernanza económica y aumento de la capacidad, reunido el 2.07 y el 27.10.2015, que trató de la representatividad de los interlocutores sociales y de la necesidad de capacidades adecuadas para crear organizaciones fuertes, del marco institucional apropiado para establecer un diálogo bipartito y tripartito, la garantía de recursos financieros adecuados y el apoyo para actividades de capacitación; y sobre diálogo social, elaboración de políticas y legislación, reunido el 15.07 y el 10.11.2015, que abordó el concepto de representatividad en los casos en que los acuerdos entre los interlocutores sociales se plasman en legislación de la UE y la aplicación de las medidas para legislar mejor; y la reunión conjunta de ambos grupos, el 26 y 27.01.2016, en la que se negoció una propuesta de declaración conjunta sobre el nuevo comienzo del diálogo social.

Además, recoge las actuaciones de la Comisión, del Consejo y de los interlocutores sociales y hace balance de los avances en los últimos doce meses, durante los cuales:

– La Comisión continuó y reforzó la consulta y la participación de los interlocutores sociales en: el Semestre Europeo, a través de su opinión sobre los retos y prioridades del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento y sobre las medidas para realizar la UEM; el diálogo reforzado durante las misiones del Semestre para permitir la participación de los interlocutores sociales nacionales; el Estudio sobre la situación social y del empleo en Europa, para examinar su participación en el Semestre, concluyendo que se precisan mayores esfuerzos para garantizar su implicación en las políticas y en las reformas pertinentes; la reunión plenaria del Comité del FSE, de 3.06.2015, a propósito de la información sobre la utilización de este Fondo en el desarrollo de las capacidades de las organizaciones de los interlocutores sociales, y en el Taller sobre

la utilización del FSE para el desarrollo de las capacidades de los interlocutores sociales para entablar un diálogo bipartito fructífero, reflejado en el capítulo del diálogo social del Estudio sobre la situación social y del empleo en Europa; y en la elaboración, más allá del art. 153 TFUE, de las políticas y la legislación de la UE sobre el desempleo de larga duración, la movilidad y la estrategia de competencias, la información y la consulta de los trabajadores, el equilibrio entre vida privada y laboral, y en los ámbitos con impacto social o en el empleo, estableciendo las directrices con el procedimiento de la Comisión al evaluar los acuerdos de los interlocutores sociales cuya aplicación hayan solicitado mediante Decisión del Consejo;

– El Consejo trató del nuevo comienzo del diálogo social en las Cumbres Sociales Tripartitas del 19.03 y 15.10.2015, en la Reunión Informal del Consejo EPSSCO de 21 y 22.04.2015, y en el Consejo EPSSCO de 5.10.2015, a propósito de las orientaciones de empleo;

– Los interlocutores sociales intersectoriales el 14.07.2015 presentaron el análisis sobre el empleo y su programa de trabajo 2015-2017, señalando entre sus prioridades: las negociaciones para un acuerdo marco autónomo sobre el envejecimiento activo; la creación de un grupo de trabajo para aplicar los acuerdos para fomentar el desarrollo de competencias; la adopción de conclusiones conjuntas sobre el equilibrio entre vida profesional y privada; y los cambios de impresiones y actividades conjuntas sobre movilidad y migración, inversión y creación de empleo, digitalización y competencias, políticas activas del mercado laboral y empleo juvenil; y los interlocutores sociales sectoriales en los 43 comités existentes se ocuparon de: la creación de empleo y la adecuación entre oferta y demanda; las competencias y la formación de aprendices; la movilidad y la migración; la digitalización y la economía colaborativa; y la firma de acuerdos a traducir en legislación de la UE en los sectores de la pesca marítima y las administraciones cen-

trales, y en el futuro en los de peluquería y transporte marítimo.

Cara al futuro, se pretende dar continuidad a las actividades en el marco del nuevo comienzo del diálogo social en la UE, basado en la exigencia de su funcionamiento adecuado y eficaz y de un marco institucional más propicio a escala nacional, y en el fundamento de la concertación tripartita en un diálogo social bipartito, en la UE y en los Estados miembros.

El Consejo EPSSCO de 13.10.2016 refrendó la Declaración conjunta de los interlocutores europeos, la Comisión y la Presidencia del Consejo sobre un nuevo comienzo para un diálogo social fuerte, firmada el 22.06.2016, que fija los ámbitos de actuación en los que los interlocutores sociales centrarán sus esfuerzos, distinguiendo entre los de los interlocutores sociales europeos intersectoriales (potenciar la Cumbre Social Tripartita y el Diálogo Macroeconómico; aplicar las medidas de su programa de trabajo 2015-2017, a través de la creación de un subgrupo del Comité del Diálogo Social para estudiar el seguimiento y la aplicación de los instrumentos de diálogo social de la UE; planificar la realización de un proyecto conjunto 2016-2018, incluida la preparación de un informe para promover el recurso al FSE por parte de los interlocutores sociales a escala nacional; organizar seminarios para impulsar el refuerzo de su papel en el Semestre Europeo; mejorar la coordinación con las organizaciones sectoriales; e informar a la Comisión del inicio de las negociaciones de los acuerdos marco o marcos de acción), y conjuntamente con los interlocutores sociales europeos (las acciones de capacitación para fomentar el diálogo social interprofesional y sectorial y garantizar la aplicación de los acuerdos marco autónomos en todos los Estados miembros; adoptar nuevas medidas para hacer participar a sus filiales en los diálogos sociales; mejorar la afiliación y la representatividad de los sindicatos y las asociaciones patronales; y dar publicidad a los acuerdos para los que pidan la aplicación por Decisión del Consejo).

Por su parte, la Comisión se comprometió a esforzarse en: promover y mejorar el diálogo social según el art.154 TFUE; implicar a los interlocutores sociales en la elaboración de políticas y legislación en la UE que afecte al empleo y la situación social, al margen de los arts. 153 y 154 TFUE, y ampliar su participación en la gobernanza económica y en el Semestre Europeo; dentro del Programa de mejora de la legislación, brindarles apoyo durante la negociación de los acuerdos y seguir ordenando la representatividad en la UE; examinar el uso de los instrumentos financieros europeos para contribuir a reforzar las capacidades de los interlocutores sociales nacionales; y respaldar la capacitación a través del aprendizaje mutuo y el intercambio de buenas prácticas.

El Consejo invitó a los Estados miembros a adoptar medidas para: lograr la participación de los interlocutores sociales en el diseño y aplicación de las reformas y políticas pertinentes; respaldar mejoras en el funcionamiento y la eficacia del diálogo social a escala nacional, lo que favorecerá la negociación colectiva; promover la creación y el fortalecimiento de las capacidades de los interlocutores sociales; garantizar la participación de los interlocutores sociales nacionales durante el Semestre Europeo para contribuir a la aplicación óptima de las recomendaciones específicas por país; y facilitar información y asesoramiento sobre las consecuencias para los Estados miembros de la incorporación al ámbito nacional de los acuerdos negociados por los interlocutores sociales a escala de la Unión.

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016 adoptó unas Conclusiones sobre un nuevo comienzo para un diálogo social sólido en las que reconoce que: es un factor fundamental y un instrumento beneficioso para el buen funcionamiento de la economía social de mercado y un componente significativo de la elaboración de la política social y de empleo de la UE; implica modelos de relaciones laborales marcados por la práctica de la negociación colectiva y la participación de los trabajadores; la concertación tripartita con participación de los entes públi-

cos debe basarse en un diálogo social bipartito sólido; los interlocutores sociales juegan un papel fundamental al afrontar los retos y las tendencias económicas y sociales actuales y emergentes, y necesitan marcos institucionales que permitan un diálogo social eficaz; no existe un modelo único de diálogo social que refleje las diferentes historias y situaciones políticas y económicas de los países; los instrumentos institucionales y legales vigentes son el marco adecuado para el diálogo social en la UE; y que los Comités de Empleo y de Protección Social consultan periódicamente a los interlocutores sociales en sus trabajos sobre los aspectos sociales y de empleo del Semestre Europeo; acoge favorablemente las iniciativas de la Comisión para relanzar el diálogo social, dada su importancia en la gobernanza económica y en el proceso de reformas en Europa; y destaca que: es necesaria una verdadera participación de los interlocutores sociales en el diseño y aplicación del programa de reformas, incluido el del Semestre Europeo; los principios del Programa de Mejora de la Legislación deben orientar el proceso legislativo, con especial atención a las pymes, y se deben aplicar, además de los de subsidiariedad y proporcionalidad, en los acuerdos con los interlocutores sociales, según el art. 155 TFUE; es importante la capacitación de los interlocutores sociales, a nivel nacional y sectorial, para mejorar su representatividad en la negociación de los acuerdos europeos, y que prosiga su participación en las reuniones de los Comités de Empleo y de Protección Social; y es necesario mejorar la calidad del diálogo social en todos los niveles y que las partes interesadas exploren potenciar la Cumbre Social Tripartita y el Diálogo Macroeconómico.

Pide a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias para: lograr la participación de los interlocutores sociales en el diseño y aplicación de las reformas y políticas pertinentes; respaldar mejoras en el funcionamiento y la eficacia del diálogo social nacional, debatiendo y acordando los gobiernos y los interlocutores sociales la manera de llevarlo a cabo, respetando su autonomía; promover la

creación y el fortalecimiento de las capacidades de los interlocutores sociales, mediante distintas formas de ayuda, para que se conviertan en organizaciones sólidas y representativas; garantizar la participación significativa y a tiempo de los interlocutores sociales nacionales durante el Semestre Europeo para contribuir a la aplicación óptima de las recomendaciones específicas por país; y facilitar información y asesoramiento jurídico y técnico sobre las implicaciones y los aspectos prácticos de la incorporación al ámbito nacional de los acuerdos negociados por los interlocutores sociales en la UE.

Pide a la Comisión que: continúe promoviendo y mejorando el diálogo social según el art. 154 TFUE; implique a los interlocutores sociales en la elaboración de políticas y legislación de la UE, a través de consultas sobre las principales iniciativas incluidas en su programa de trabajo fuera del ámbito de aplicación de los arts. 153 y 154 TFUE con consecuencias importantes para el empleo y la situación social; explore la mejora de la participación de los interlocutores sociales a escala de la UE en la gobernanza económica y el Semestre Europeo; tome las medidas necesarias para brindarles apoyo durante la negociación de sus acuerdos, y siga evaluando su representatividad; contribuya a reforzar la capacidad de los interlocutores sociales nacionales mediante los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos para apoyar el diálogo social; y respalde la creación de capacidades a través del intercambio de buenas prácticas.

Pide a los interlocutores sociales en los niveles adecuados que tomen las medidas necesarias para: contribuir a afrontar los desafíos en todos los niveles determinados por el Consejo Europeo y por el Consejo, a fin de mejorar los diálogos sociales nacionales, reforzar los diálogos sociales bipartitos, intercambiar mejores prácticas entre ellos, mantener los esfuerzos por mejorar su representatividad y garantizar su capacidad para concluir acuerdos, y seguir mejorando la coordinación eficaz entre las distintas organizaciones en los niveles

intersectorial y sectorial y entre las organizaciones nacionales; facilitar pruebas para sus acuerdos según el art. 155.2 TFUE; informar al Consejo de las negociaciones de los acuerdos futuras o en curso; y participar en el nuevo programa de salud y seguridad en el trabajo para mejorar las Conclusiones del Consejo de octubre de 2015.

4.2. El Pilar europeo de derechos sociales: situación actual y opiniones sobre el futuro

El Consejo Europeo de 13.10.2016 refrendó el Dictamen conjunto de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre el Pilar europeo de derechos sociales, con el objetivo estratégico de la UE y los Estados miembros de abordar los retos sociales a largo plazo (envejecimiento y aumento de la diversidad de las poblaciones, incremento de las desigualdades, flujos de refugiados y migratorios mundiales, consecuencias de la digitalización y las nuevas tecnologías para la vida profesional), que están modificando los patrones laborales y sociales, y aprovechar las oportunidades de algunos de ellos, adoptando iniciativas que garanticen la capacidad de recuperación a largo plazo de los mercados laborales y de los sistemas de protección social, para lograr la convergencia al alza en términos de resultados sociales y de empleo y reforzar y adaptar los estados de bienestar.

Por ello, en materia de elaboración de políticas en la UE y en los Estados miembros, se estima necesario incidir más en la dimensión social y del empleo, para lo que se han adoptado medidas importantes en el contexto del Semestre Europeo, aunque queda mucho por hacer frente a la amenaza de los desequilibrios sociales y económicos, fijando objetivos de desarrollo integrado y sostenible con un clima de inversión dinámico, elevados niveles de empleo, puestos de trabajo de calidad y progreso social, y activando, en el centro de una recuperación satisfactoria, la creación de una base sostenible para mercados laborales integradores, la creación de empleo, una protección social adecua-

da, la prevención y reducción de la pobreza y las desigualdades, y la igualdad de trato y de oportunidades; y se acoge positivamente la consulta de la Comisión que responda a la cuestión de cómo, a pesar de tener el sistema social mejor desarrollado del mundo, es posible que el desempleo, las desigualdades y la pobreza sean tan elevados y persistentes en la UE, sobre la creación de un Pilar europeo de derechos sociales, que debe basarse en los instrumentos vigentes y mejorarlos, y fomentar la convergencia sostenible al alza en materia social y de empleo, respetando las competencias nacionales, más allá de las medidas adoptadas durante la crisis en una perspectiva más a largo plazo.

Respecto de los ámbitos de actuación (la igualdad de género, los sistemas adecuados de asistencia social, la no discriminación, el envejecimiento activo, la movilidad del mercado laboral, las consecuencias de la digitalización y de la automatización, la integración de los migrantes, y los nuevos riesgos para la salud y la seguridad en el trabajo), se manifiestan discrepancias, al ser algunos más detallados y centrados y otros más amplios e imprecisos; y se señala que los principios sobre los que centrarse, (los que rigen la Seguridad Social, los objetivos de adecuación y sostenibilidad financiera de las pensiones, la sanidad y los cuidados de larga duración, sin olvidar las prioridades del Estudio Prospectivo Anual sobre el Crecimiento 2016, con mayor atención a los futuros retos emergentes), deben ser suficientes para dar una orientación sin llegar a ser demasiado prescriptivos, respetando las competencias nacionales, el principio de subsidiariedad y la autonomía de los interlocutores sociales.

La operatividad del Pilar debe conseguirse a través de los instrumentos y procesos existentes (el acervo social, el EEE y el MAC social, integrados en el Semestre Europeo), mediante las orientaciones de empleo, las recomendaciones específicas por país, el intercambio de las mejores prácticas y la supervisión coordinada a través de los IRE e IRPS, que deben desarrollarse y reforzarse mediante el aumento del aprendizaje político basado en las mejores

prácticas, el establecimiento de objetivos comunes y la celebración de debates temáticos, de modo que las iniciativas que se adopten tengan en cuenta la situación económica, presupuestaria y social de cada Estado miembro y las repercusiones de las políticas y circunstancias macroeconómicas para el logro de los objetivos sociales, con la flexibilidad suficiente para ser un proceso interactivo que pueda revisarse, actualizarse y seguir desarrollándose al tiempo que avanza la convergencia al alza de la UE en materia social y de empleo.

La actuación del Pilar en la eurozona se ha materializado en la Recomendación del Consejo sobre la política económica de la eurozona y en las Recomendaciones específicas por país, con la participación del Consejo EPSSCO; y en los Estados miembros fuera de ella, en el diseño de las políticas del mercado laboral y de la protección social, que debe hacerse con la participación activa de éstos.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 celebró un debate de orientación, a partir de una nota de la Presidencia, tras la reunión informal del 19 y 20.04.2016 y del Dictamen citado de los Comités de Empleo y de Protección Social sobre los mensajes fundamentales de la consulta pública puesta en marcha por la Comisión en marzo de 2016, referidos al impulso de la productividad y la competitividad, esperando que las políticas sociales y de empleo funcionen coherentemente para abordar cuestiones relativas a: la inclusión social, la creación de empleo y el mantenimiento de la competitividad, considerando el establecimiento de las condiciones para una convergencia social ascendente como imperativo político o social y como necesidad económica, en particular en la eurozona; la garantía de los derechos sociales en un mundo laboral cambiante, destacando los llamamientos a la modernización del acervo para ajustarlo a las realidades del nuevo mundo laboral y al aumento de las orientaciones sobre la aplicación y el apoyo a su cumplimiento, y los instrumentos para reducir la carga para las pymes; las competencias de los trabajadores para el mercado laboral, con más atención a evaluar las necesidades individuales de los que tie-

nen acceso más difícil a él, subrayando el papel y la contribución de los interlocutores sociales a la detección y la satisfacción de las necesidades en materia de competencias, con un amplio acuerdo sobre la prioridad absoluta para la inversión en la actualización y mejora de las dirigidas a ayudar a las personas a encontrar y cambiar de trabajo durante la vida laboral; la mejora de la justicia social y la lucha contra las desigualdades, incidiendo en que la redistribución eficaz de la riqueza a través de impuestos y cotizaciones sociales y las políticas adecuadas, de educación, migración, vivienda y servicios de interés general asequibles, son mecanismos para fomentar la movilidad social; los regímenes de prestaciones por desempleo a medida, señalando que los sistemas de protección social han de adaptarse a medidas cambiantes y trayectorias profesionales más flexibles y a formas de trabajo atípicas, y planteando la equidad intergeneracional en el contexto del envejecimiento de las sociedades; y al empleo y los derechos sociales en el siglo XXI, subrayando la importancia de abordar las cuestiones sociales y de empleo para los Estados miembros y para el éxito del mercado interior, y solicitando medidas específicas para estimular la convergencia en la eurozona.

Como cuestiones concretas en el debate se abordaron las medidas políticas más urgentes y las acciones específicas cruciales en el Pilar europeo de derechos sociales y la existencia de lagunas importantes en las políticas y prácticas actuales; y las respuestas a las necesidades futuras del mercado laboral y de los sistemas sociales para reforzar la cohesión en el mercado interior y la resiliencia, así como la convergencia económica y social de la UEM.

4.3. El desplazamiento de los trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios

La propuesta de Directiva que modifica la Directiva 96/71/CE del PE y del Consejo sobre el desplazamiento de los trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios,

adoptada por la Comisión el 9.03.2016, tiene como objetivo hacer frente a las prácticas desleales, garantizar la igualdad de condiciones a los proveedores de servicios, y proteger a los trabajadores desplazados, promoviendo el principio de que un mismo trabajo en un lugar debe remunerarse de la misma manera, para lo que añade un nuevo art. 2 bis, sobre la legislación laboral aplicable a los trabajadores desplazados cuando la duración prevista o real del desplazamiento excede de 24 meses, considera Estado miembro de acogida el país en el que se realiza el trabajo habitualmente, y que cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación laboral se garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo relativas a: los periodos máximos de trabajo y mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; la remuneración, incluido el incremento por horas extraordinarias, no aplicable a los regímenes complementarios de jubilación profesional; las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por las empresas de trabajo temporal; la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; las medidas de protección de las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, de los niños y los jóvenes; y la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones sobre no discriminación, establecidas en el Estado miembro donde se efectúa el trabajo por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y por convenios colectivos o laudos arbitrales, aplicables a las empresas de trabajo temporal.

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016 conoció el informe de situación del proceso para su adopción, recordando la finalización el 10.05.2016 del plazo de ocho semanas para la consulta de los Parlamentos nacionales, tras el que se lograron los votos exigidos para poner en marcha el procedimiento de tarjeta amarilla, por lo que la Comisión debía volver a estudiar la propuesta y decidir mantenerla, modificarla o retirarla; y que la mayoría de los Estados miembros respaldaron continuar tra-

bajando para terminar los asuntos pendientes y aclarar cuestiones técnicas, como su relación con el Reglamento Roma I.

Respecto de la propuesta de la Presidencia, las delegaciones manifestaron opiniones divergentes. Así, algunas consideraron prematura la modificación de la Directiva 96/71/CE antes de finalizar el plazo de transposición de la Directiva de 2014 sobre la garantía de su cumplimiento; otras, la acogieron como buen punto de partida para mejorar la normativa existente, aumentar la seguridad jurídica, y contribuir a una mayor igualdad de condiciones entre los trabajadores; un tercer grupo planteó, antes de adoptar una posición definitiva sobre la base jurídica y su posible ampliación al capítulo de política social, los desplazamientos de larga duración y su relación con el Reglamento Roma I, diversas cuestiones y dudas sobre: la subcontratación, las empresas de trabajo temporal y los convenios colectivos; el concepto de remuneración, que sustituye al de «cuantía de salario mínimo», y su definición con claridad suficiente, respetando las competencias nacionales, incluidas las de los interlocutores sociales; la aplicación de los convenios colectivos de eficacia general a los trabajadores desplazados en todos los sectores de actividad en lugar de la opcional de la Directiva 96/71/CE; la garantía del derecho a negociar y celebrar convenios colectivos y la disponibilidad de información sobre los aplicables y su contenido; la subcontratación y el modo en que las empresas con trabajadores desplazados podrían obtener información actualizada sobre las normas aplicables en materia de remuneración; y sobre los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a los que se aplicará obligatoriamente la Directiva 2008/104/CE, que debería compararse con la redacción actual del art. 3, apdo. 9 de la Directiva 96/71/CE.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 fue informado del resultado de los debates desarrollados durante el segundo semestre de 2016, concluyendo, tras constatar los esfuerzos de la Presidencia para avanzar en las principales

cuestiones, con la necesidad de proseguir el trabajo técnico y los debates políticos sobre los desplazamientos de larga duración, la remuneración y la subcontratación, y la conveniencia de que sus resultados fueran jurídicamente claros y exigibles, fácilmente aplicables, comprensibles para las partes interesadas, y sin aumento de coste para las pymes ni restricción de los derechos de los trabajadores ni de la prestación de servicios en Europa.

La situación de las principales cuestiones debatidas se resume en lo siguiente: en cuanto a los desplazamientos de larga duración y su relación con el Reglamento Roma I, las propuestas de la Presidencia sobre los conceptos de duración prevista del desplazamiento y de mismo trabajo en el mismo lugar para aumentar la seguridad jurídica, fueron acogidas positivamente; respecto de la remuneración, el mantenimiento de la propuesta de la Comisión por una parte, y por otra, la introducción del concepto de sistema dual, al diferenciar entre los desplazamientos de corta y larga duración, de modo que la cuantía del salario mínimo se aplicaría a cualquier trabajador desplazado por un periodo inferior a 6 meses o a 3 meses en caso de su sustitución para realizar el mismo trabajo en el mismo lugar por una duración acumulada de 12 meses, fue rechazado por un grupo de delegaciones, partidarias de aplicar condiciones adicionales de trabajo y empleo en los casos de desplazamientos superiores a 6 meses o a 3 meses en el mismo supuesto anterior, mientras que otras señalaron que no podrían aceptar la remuneración diferenciada y otras que no podrían asumir la igualdad de remuneración desde el primer día; la aplicación en todos los sectores de actividad de los convenios colectivos de eficacia general a los trabajadores desplazados fue asumida por la Presidencia; sobre la subcontratación sólo con empresas que concedan a sus trabajadores determinadas condiciones de remuneración, incluidas las derivadas de los convenios colectivos de eficacia limitada, aplicable también a empresas que tengan trabajadores desplazados en su territorio, hubo división de opiniones, dados sus efectos

negativos, especialmente para las pequeñas empresas; y a la aplicación de las condiciones del art. 5 de la Directiva 2008/104/CE a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en virtud del principio de igualdad de trato entre éstos y los trabajadores comparables de las empresas usuarias, se opusieron los partidarios de aplicar opcionalmente este principio también a otras condiciones distintas de las contempladas en el artículo citado.

4.4. La protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo

Tras las sesiones de 16.06. y 13.10.2016 el Consejo EPSSCO alcanzó una posición común sobre la propuesta de Directiva que modifica la Directiva 2004/37/CE, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo, con el objeto de: proteger mejor la salud de los trabajadores reduciendo la exposición profesional a carcinógenos químicos; hacer más eficaz la legislación de la UE en este ámbito y ofrecer a los operadores económicos igualdad de condiciones y mayor claridad, dado que los cánceres profesionales, primera causa de mortalidad laboral en la UE, son y seguirán siendo un problema; revisar o establecer los valores límite de exposición a 13 sustancias, introduciéndolos en la Directiva 2004/37/CE, en el Anexo I, del trabajo que conlleva exposición al polvo respirable de sílice cristalina generado en un proceso laboral, en el Anexo III, al establecer el correspondiente valor límite, y en el Anexo IV, al fijar los valores límite para otros 10 cancerígenos, así como los actuales valores límite para el cloruro de vinilo monómero y los serrines de maderas duras a la luz de los datos científicos disponibles, teniendo en cuenta las consultas de la Comisión a los interlocutores sociales según el art. 154 TFUE sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposi-

ción a carcinógenos, mutágenos y tóxicos para la reproducción en el trabajo, del 6.04.2004 y del 16.04.2007, en el grupo sobre «sustancias en el lugar de trabajo» del Comité Consultivo de seguridad y salud en el trabajo, entre 2011 y 2013, y en las reuniones con representantes del sector y de los trabajadores afectados por sustancias específicas, entre 2013 y 2015.

4.5. La aplicación del Convenio n° 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca de 2007

En las sesiones de 16.06. y 13.10.2016 el Consejo EPSSCO trató de la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado el 8.05.2013 entre la Confederación de Cooperativas Agrarias de la UE (COGECA), la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) y la Asociación de las Organizaciones Nacionales de Empresas Pesqueras de la UE (EUROPECHE) relativo a la aplicación del Convenio n° 188 de la OIT sobre el trabajo en la pesca, de 2007, que el Consejo aprobó el 19.12.2016 (DOUE, L 25, de 31.01.2017).

En la segunda de las sesiones citadas se alcanzó el acuerdo político, invitando a los Estados miembros a ratificar el Convenio, elaborar el documento al que se refiere el art. 41 del Convenio de aplicación en el conjunto de la UE, desarrollar una política armonizada aplicable en la UE sobre el control por el Estado del puerto de los buques pesqueros, y aplicar el Acuerdo, que contiene: las definiciones de operación de pesca, pesca comercial, autoridad competente, consulta, propietario de buque pesquero, pescador, acuerdo de trabajo del pescador, buque pesquero, eslora, eslora entre perpendiculares, capitán o patrón, servicio de contratación y colocación, y agencia de empleo privada; su ámbito de aplicación, todos los pescadores que trabajen en cualquier buque de pesca dedicado a la pesca comercial, extensible a los que trabajen a bordo de embarcaciones de menos de 24 metros de eslora, previendo la exclusión del Acuerdo o de algunas de

sus disposiciones de determinadas categorías limitadas de pescadores o de buques pesqueros, por razones objetivas, y garantizando la aplicación de condiciones más favorables que las que figuran en él; los principios generales, entre ellos los referidos a las responsabilidades de los propietarios de buques pesqueros, los capitanes o patrones y los pescadores; los requisitos mínimos para trabajar a bordo de buques pesqueros, sobre la edad mínima y al examen médico acreditativo de la aptitud para desempeñar las tareas del puesto de trabajo; las condiciones de servicio, la dotación suficiente para garantizar que la navegación y las operaciones se efectúen en condiciones de seguridad bajo el control de un capitán o patrón competente, las horas de trabajo y de descanso, al no ser de aplicación los arts. 3 a 6, 8 y 21 de la Directiva 2003/88/CE, la lista de tripulantes, el acuerdo de trabajo del pescador; la repatriación; los servicios de contratación y de colocación en el sector privado y las agencias privadas de colocación; la seguridad y la salud en el trabajo, con referencia a la alimentación y al alojamiento, la protección de la salud y la atención médica, la protección en caso de enfermedad, la lesión o muerte relacionadas con el trabajo, la prevención de accidentes laborales; las modificaciones de las disposiciones del Convenio o de la legislación europea y su incidencia sobre el Acuerdo y su entrada en vigor, coincidente con la del Convenio; además de los anexos sobre el acuerdo de trabajo del pescador y sobre el alojamiento a bordo, en el que, junto a las disposiciones generales, sin perjuicio de las Directivas 92/29/CEE y 93/103/CE, se trata de su planificación y control, su diseño y construcción, del ruido y las vibraciones, la ventilación, la calefacción y el aire acondicionado, la iluminación, los dormitorios, los comedores, las bañeras o duchas, los retretes y lavabos, las lavanderías, las instalaciones de enfermería, otras instalaciones, ropa de cama, vajilla y artículos diversos, instalaciones de recreo y de comunicación, cocina y despensa, alimentos y agua potable, condiciones de limpieza y habitabilidad, inspecciones por el capitán o patrón o por orden de éste, y la posibilidad de adoptar excepcio-

nes para tener en cuenta los intereses de los pescadores que observen prácticas religiosas y sociales diferentes siempre que no redunden en condiciones menos favorables en conjunto que las resultantes de su aplicación.

5. LA IGUALDAD DE TRATO ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y LA NO DISCRIMINACIÓN POR OTRAS CIRCUNSTANCIAS

5.1. El principio de igualdad de trato independientemente de la religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual

El Consejo EPSSCO en las sesiones de 16.06 y 8.12.2016 continuó ocupándose de esta propuesta de Directiva, concluyendo con la necesidad de proseguir los debates sobre las cuestiones tratadas, su ámbito de aplicación, dada la oposición de algunos Estados miembros a incluir en él la protección social y la educación, aspectos pendientes de la división de competencias y la subsidiariedad, y la seguridad jurídica de las obligaciones que establecería la Directiva.

En la sesión del 16.06.2016, conoció el informe de situación de los debates celebrados durante el primer semestre, referidos a: la interacción de la Directiva, que establece un principio general de no discriminación aplicable a todos los bienes y servicios incluidos en su ámbito de aplicación, y el Acta Europea de Accesibilidad, que fija requisitos específicos de accesibilidad relativos a una lista cerrada de bienes y servicios, recordando que los artículos sobre accesibilidad y los ajustes razonables no se aplicarían cuando la legislación establezca normas detalladas sobre la accesibilidad de determinados bienes y servicios, como es el caso del Acta Europea de Accesibilidad, por lo que ambos instrumentos podrán negociarse de forma independiente; la prevalencia de las normas detalladas sobre la accesibilidad o los ajustes razonables previstos por el Derecho de la UE sobre la propuesta de Directiva; la car-

ga de la prueba, según la cual el demandante no necesita demostrar que ha sido objeto de discriminación, salvo que se desee impugnar una diferencia de trato que según la Directiva se presume que no es discriminatoria, cuando se tendría que probar que la presunción es errónea, planteamiento de la Presidencia cuestionado por algunas delegaciones al considerar que podría hacer las excepciones irrefutables; la jurisprudencia reciente sobre discriminación por asociación a un grupo étnico; el mandato de los organismos de promoción de igualdad de trato, que para la Presidencia, la Comisión y algunas delegaciones debían tener competencia en materia de empleo y ocupación, mientras que otras consideraban que supondría modificar la Directiva 2000/78/CE; la definición por parte de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, puesta en duda por algunos Estados miembros; y la ampliación del periodo de información sobre la aplicación de la Directiva.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 recibió el informe de los trabajos desarrollados durante el segundo semestre, sobre: la relación entre las disposiciones de la propuesta de Directiva y de otros actos legislativos de la UE sobre accesibilidad de las personas con discapacidad, tales como la propuesta de Acta Europea de Accesibilidad, y sus tres alternativas para aclararla, (la del cumplimiento automático de los requisitos de accesibilidad de la Directiva cuando otros actos legislativos de la UE dispongan normas detalladas en esta materia; la que añade las disposiciones que establecen que las normas de la UE deben prevalecer sobre la Directiva por aplicación del principio «lex specialis derogat legi generali»; y la adición de un considerando según el cual se debe tener en cuenta la legislación de la UE que establezca normas detalladas sobre accesibilidad respecto de determinados bienes o servicios cuando el demandante acredite hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta), respecto de las que se solicitó más tiempo para estudiarlas y para aclarar la interacción entre la pro-

puesta de Directiva y la legislación sectorial, en particular del transporte y las comunicaciones; la presunción de la no discriminación cuando se ofrecen condiciones más favorables de acceso a personas pertenecientes a grupos de edad específicos para fomentar su integración económica, cultural o social, con dos opciones: no presumir la existencia de discriminación, recayendo la carga de la prueba en el demandante si considera discriminatoria la diferencia de trato, y eliminar la presunción de discriminación y considerar que fomentar la integración de estas personas constituye una finalidad legítima, recayendo la carga de la prueba en el demandado, con división de opiniones entre los Estados miembros; la competencia de los organismos nacionales de promoción de la igualdad de trato, con una mayoría de delegaciones favorable a su ampliación para abarcar el empleo y la ocupación frente a las que preferirían hacerla modificando la Directiva 2000/78/CE; y la referencia al diseño universal, respecto del que la Presidencia introdujo la obligación no vinculante de emprender o promover la investigación y el desarrollo de bienes y servicios de estas características, que recibió un amplio apoyo, aunque algunas delegaciones se inclinaron por recogerla sólo en los considerandos.

5.2. El Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019

Tras el fracaso del Consejo EPSSCO de 7.03.2016 para alcanzar un acuerdo sobre las Conclusiones del Consejo en respuesta al Compromiso estratégico de la Comisión para la igualdad de género 2016-2019, y a sus cinco ámbitos prioritarios de acción (el aumento de la participación de la mujer en el mercado laboral y la equiparación de la independencia económica de mujeres y hombres; la reducción de la desigualdad de salarios y pensiones por razón de género, y la lucha contra la pobreza entre las mujeres; la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en la toma de decisiones; la lucha contra la violencia de género y la protección y el apoyo a las víctimas; y la

promoción de la igualdad de género y los derechos de las mujeres en todo el mundo), éstas se adoptaron en la sesión de 16.06.2016.

En ellas, el Consejo reitera el llamamiento a la Comisión para mejorar la situación del Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019, en forma de Comunicación, alineada con la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015 y con la Estrategia Europa 2020, considerando la Agenda de la ONU para el Desarrollo Sostenible 2030; reafirma su compromiso con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres; acoge favorablemente el compromiso de la Comisión de garantizar la coherencia entre los cinco ámbitos de actuación fundamentales y la política exterior, los cinco ámbitos prioritarios y las cuestiones horizontales recogidos en el Compromiso; reitera la importancia de garantizar la equiparación de la independencia económica de mujeres y hombres; hace hincapié en el papel fundamental de las instituciones de la UE, el IEIGE, los Estados miembros, los interlocutores sociales, los organismos que promueven la igualdad de género y la sociedad civil para acelerar el progreso de la igualdad entre mujeres y hombres y garantizar la consecución de los objetivos del Compromiso; destaca que la igualdad de derechos, de oportunidades y del acceso a los recursos, y el reparto equitativo de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres contribuyen a respaldar sus múltiples roles y que se deberán aumentar los esfuerzos por mejorar el equilibrio entre la vida privada y laboral, para lo que es clave disponer de servicios asistenciales de calidad.

Pide a la Comisión que: ponga en práctica las medidas de su Compromiso estratégico; presente nuevas iniciativas para abordar los retos de la vida laboral y privada para los padres y cuidadores trabajadores y promover la igualdad de género; intensifique los esfuerzos para combatir los estereotipos de género y luchar contra la violencia de género; reduzca las brechas de género en el empleo, los salarios y las pensiones; incorpore un plan de acción

para la aplicación de la perspectiva de igualdad de género en todas las actividades y políticas de la UE; adopte una estrategia de alto nivel antes de finalizar el Compromiso estratégico; realice el seguimiento de los avances en materia de igualdad de género en sus informes anuales sobre la igualdad entre mujeres y hombres en el marco del Semestre Europeo para mejorar la incorporación de la perspectiva de género; e incorpore esta perspectiva al preparar los programas de financiación de la UE después de 2020.

Pide a la Comisión y a los Estados miembros que: aumenten los esfuerzos y la financiación para apoyar medidas y estrategias para combatir todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas mediante una política global, con medidas de prevención, protección y castigo, e impliquen a los hombres y los niños en ellas; aborden la dimensión de la igualdad de género en las políticas de migración, asilo, refugio e integración social y económica; apliquen y supervisen los compromisos sobre igualdad de género a escala mundial, desarrollando sinergias con el seguimiento por parte de la UE de la Plataforma de Acción de Beijing y de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible; refuercen y sigan apoyando los mecanismos nacionales para la promoción de la mujer y la igualdad de género, y la red europea de organismos nacionales para la igualdad EQUINET; y sigan promoviendo la recogida, el análisis y la difusión de datos desglosados por sexo y edad en cooperación con las oficinas estadísticas nacionales para la promoción de la mujer y la igualdad de género.

Pide a los Estados miembros que: estudien firmar, ratificar y aplicar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; colaboren con la Comisión para promover la igualdad entre hombres y mujeres, según el Compromiso Estratégico 2016-2019; aseguren la aplicación efectiva de sus estrategias nacionales para la igualdad de género; garanticen que se persiga efectivamente la igualdad entre mujeres y hombres en sus

políticas nacionales y en los PNR en el marco de la Estrategia Europa 2020; mejoren el seguimiento del Pacto Europeo por la Igualdad de Género, adopten medidas para facilitar la conciliación de la vida profesional, familiar y privada, y el reparto de responsabilidades en la prestación de cuidados; fomenten la plena participación de las mujeres en el mercado laboral; y desarrollen campañas de sensibilización sobre igualdad entre mujeres y hombres.

5.3. La promoción de la igualdad de las personas LGBTI

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016 adoptó unas Conclusiones del Consejo en respuesta a la lista de medidas de la Comisión para promover la igualdad de las personas LGBTI, en las que toma nota de la intención de ésta de garantizar la coherencia entre esta lista y las Directrices del Consejo para promover y proteger el disfrute de los derechos humanos por parte de estas personas en el contexto de la política exterior de la UE; y le pide que: promueva las medidas incluidas en la lista respetando la competencia de los Estados miembros en materia de Derecho de familia; les informe periódicamente de los avances legales a través del Grupo de Alto Nivel sobre no discriminación, igualdad y diversidad y atienda al disfrute de los derechos fundamentales por las personas LGBTI; informe a finales de 2016 y anualmente sobre los avances respecto de la lista de medidas; intensifique los esfuerzos en la recogida de datos comparativos sobre la discriminación de las personas LGBTI en la UE, en el empleo, la educación, la salud, el deporte, el conocimiento de los derechos y la lucha contra la escasez de denuncias de incidentes de discriminación, en el contexto de la igualdad de trato; siga cooperando con la Agencia de los Derechos Fundamentales y otros organismos de la UE, con las organizaciones internacionales y con los Estados miembros para fomentar medidas para promover la igualdad de estas personas; pide a la Comisión y a los Estados miembros que refuercen y sigan apoyando los mecanismos institucionales, entre ellos los or-

ganismos nacionales para la igualdad, como instrumentos esenciales contra la discriminación de las personas LGBTI; pide a los Estados miembros que: colaboren con la Comisión en su lista de medidas a través del Grupo de Alto Nivel citado y estudien la aceleración de los avances, respetando sus competencias, identidades nacionales y tradiciones; y adopten medidas para luchar contra la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género; y pide a la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE que continúe estudiando la situación de las personas LGBTI y recopilando estadísticas de calidad.

5.4. La accesibilidad a los bienes y servicios de las personas con discapacidad

El Consejo EPSSCO de 16.06 y 8.12.2016 recibió los informes de los resultados de los debates para la adopción de una Directiva del PE y del Consejo relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto de los requisitos de accesibilidad a los productos y los servicios de las personas con discapacidad, tras ratificar la mayoría de ellos la Convención de la ONU sobre los derechos de estas personas, que incluye la obligación de aumentar la accesibilidad de los bienes y los servicios, y presentar la Comisión el 2.12.2015 una propuesta de Acta Europea de Accesibilidad, con los criterios de accesibilidad uniformes para los bienes y servicios con mayor riesgo de diversidad y directrices para otras actuaciones de la UE para su mejora, concluyendo que los futuros debates tratarían de las normas y especificaciones técnicas así como de las propuestas de la Presidencia pendientes de pronunciamiento por las delegaciones.

Durante el primer semestre de 2016, el Consejo trató de: la base jurídica de la Directiva, el art. 114 TFUE, que permite adoptar medidas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el estableci-

miento y funcionamiento del mercado interior, respecto de las que se expresaron dudas sobre si las posibles divergencias derivadas de la aplicación de la Convención de la ONU habían obstaculizado su funcionamiento; las definiciones de las personas con limitaciones funcionales y de edad avanzada, categorías adicionales a la de las personas con discapacidad y que amplía el ámbito personal de aplicación por comparación con el de la Convención, y la propuesta de nuevas definiciones (servicio de transporte de viajeros; nuevo producto, nuevo servicio; sitio web; servicios bancarios y proveedores de servicios); los requisitos de accesibilidad de los productos y los servicios, inspirados en los propuestos para los bienes, y de los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, respecto de los que se manifestaron dudas sobre la utilización de un modelo de Directiva sobre productos para los servicios; el responsable de velar por la conformidad con los requisitos de accesibilidad; los vínculos con otra legislación de la UE, y con otras propuestas que incluyan obligaciones relacionadas con la accesibilidad, que para unas delegaciones deberían figurar en el preámbulo de la Directiva, y para otras los requisitos de accesibilidad de diferentes sectores de servicios deberían incluirse en las directivas específicas de éstos; la relación entre la propuesta de Directiva y el Acta Europea de Accesibilidad, destacando la diferencia y complementariedad de sus objetivos, ya que mientras aquella combate la discriminación, incluida la basada en la discapacidad, con un ámbito de aplicación mucho más amplio, incluidas la accesibilidad y las adaptaciones razonables para una amplia variedad de productos y servicios, en relación con el art. 5 de la Convención, el Acta persigue eliminar y prevenir la aparición de barreras para la libertad de circulación de productos y servicios accesibles seleccionados nuevos, en relación con el art. 9 de la Convención; las cláusulas de salvaguardia, según las cuales los requisitos de accesibilidad deben aplicarse siempre que no impongan una carga desproporcionada a los fabricantes, proveedores de servicios u otros agentes económicos o a las autoridades públicas, ya que la Directiva

no debería exigir modificaciones que implicaran la alteración fundamental de un producto o servicio, a propósito de lo cual se pidieron explicaciones sobre qué podría constituir una carga desproporcionada, cómo probar su existencia y compensarla, y los responsables de su evaluación, y algunas delegaciones consideraron gravoso el procedimiento de notificación previsto en la Directiva; y el impacto de las cargas administrativas en pymes y microempresas, para las que algunas delegaciones solicitaron su exención, inquirendo sobre cómo se esperaba que las autoridades nacionales cooperaran en el caso de los servicios transfronterizos.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 tomó nota del resultado de los debates celebrados durante el segundo semestre de 2016 a partir de las propuestas de la Presidencia, en torno a: el uso de la definición de la Convención de la ONU, destacando que el aumento de la accesibilidad de los productos y los servicios puede beneficiar a cualquier persona aquejada de una deficiencia; la inclusión de un nuevo artículo sobre el objeto de la Directiva, para eliminar y evitar la aparición de barreras al mercado interior, de modo que ésta quedara limitada a los actos de la UE que incluyen disposiciones obligatorias sobre accesibilidad mientras que el Acta Europea de Accesibilidad afectaría estrictamente a productos y servicios específicos incluidos en su ámbito de aplicación; la reducción de la carga financiera y administrativa para los operadores económicos y las autoridades competentes, incluidas las de vigilancia del mercado, de modo que los proveedores de servicios tuvieran tiempo suficiente para adaptarse a los requisitos previstos en el Acta, incluidas las disposiciones sobre conservación de derechos y las obligaciones derivadas de los contratos de larga duración celebrados antes de su entrada en vigor, sin efectos retroactivos; la reducción de las obligaciones relacionadas con la preparación y presentación de las notificaciones sobre la aplicación de las cláusulas de salvaguardia y la cancelación de la del registro de quejas por incumplimiento de los requisitos de accesibilidad de los produc-

tos; la adaptación de las medidas de vigilancia del mercado y del nuevo marco legislativo, incluidas las disposiciones sobre riesgos graves para la salud, la seguridad, el medio ambiente o cualquier otro interés público, especificando que las medidas más estrictas que pudieran imponer las autoridades del mercado interior se aplicarían sólo como solución de último recurso; y la simplificación de la redacción del artículo dedicado a los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

5.5. Mujer y pobreza

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 adoptó unas Conclusiones sobre mujer y pobreza en las que, tras acoger favorablemente el Informe del IEIGE sobre la revisión de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing en los Estados miembros, titulado «Pobreza, género y desigualdades transversales en la UE», basado en los tres indicadores aprobados en 2005 (porcentaje de riesgo de pobreza por razón de edad y sexo, por tipo de familia y sexo, y de inactividad por razón de edad y sexo), que muestra la exposición de las mujeres a un mayor riesgo de pobreza o exclusión social que los hombres, su propensión cuatro veces mayor que éstos a trabajar a tiempo parcial o con contratos temporales, la tasa de inactividad económica de las mujeres en edad de trabajar, dos veces superior a la de los hombres, y que 1/5 parte de las mujeres pobres no están activas en el mercado laboral por responsabilidades domésticas y familiares debido a falta de medidas de conciliación de la vida profesional, familiar y privada; toma nota de dos nuevos indicadores (porcentaje de riesgo de pobreza por razón de sexo y origen migrante de la población mayor de 18 años y porcentaje de mujeres y hombres inactivos por razón de edad y origen migrante) para medir la pobreza entre mujeres y hombres.

Pide a los Estados miembros y a la Comisión que: intensifiquen los esfuerzos para abordar la dimensión de género de la pobreza en todas las políticas y medidas dirigidas a

reducirla y en sus estrategias de integración social, incluido el Semestre Europeo, incorporándola en la preparación, ejecución, seguimiento y evaluación de las repercusiones de las políticas en mujeres y hombres; adopten medidas para eliminar los estereotipos de género y combatir la segregación en la educación y el empleo; prevengan y combatan la pobreza, garantizando el acceso no discriminatorio de todas las personas a una educación y formación profesional integradora y de calidad, y promuevan el acceso de mujeres y niñas a ámbitos educativos y ocupaciones relacionados con la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas; fomenten la igualdad de género en el empleo para conseguir la misma independencia económica para mujeres y hombres, ya que su limitación en aquellas provoca una brecha de género en las pensiones y un mayor riesgo de pobreza; adopten medidas específicas que garanticen un mejor equilibrio entre vida y trabajo para mujeres y hombres, fomenten y apoyen la participación de la mujer en el mercado laboral, reduciendo el riesgo de pobreza y exclusión social; garanticen una protección social adecuada para evitar y combatir la pobreza de las mujeres, también durante la vejez, con medidas de apoyo a las rentas y servicios asistenciales que impulsen su integración social y participación en el mercado laboral, y conciben los sistemas de pensiones para que hombres y mujeres obtengan derechos de pensión suficientes, garantizando una compensación adecuada a quienes hayan sufrido interrupciones en la carrera profesional por responsabilidades familiares; intensifiquen la lucha contra la violencia sobre las mujeres y la trata de seres humanos; fomenten las sinergias entre la lucha contra la pobreza y otras políticas económicas y sociales como las de empleo, fiscalidad, familia, sanidad, cuidados de ancianos y vivienda; incluyan acciones positivas y medidas específicas en las políticas de integración social y de lucha contra la pobreza dirigidas a los grupos de mujeres que viven en esta situación y que sufren múltiples desigualdades o discriminación; aborden la dimensión de género de la pobreza al usar los Fondos estructurales y de

inversión europeos; refuercen la perspectiva de género al evaluar la pobreza y la exclusión social mediante los indicadores señalados anteriormente; apoyen la supervisión del objetivo de igualdad de género y capacitación de las mujeres y niñas en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de la ONU, y mejoren la aplicación efectiva de las Directivas sobre igualdad de trato.

Invita a la Comisión a: continuar fomentando la equiparación de la independencia económica entre mujeres y hombres así como otras prioridades definidas en su Estrategia para la Igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019 y adoptar una Comunicación; incluir la promoción y la lucha contra la pobreza y la exclusión social en un lugar destacado de la Agenda y apoyar a los Estados miembros para integrar la perspectiva de género en sus objetivos nacionales de reducción de la pobreza, abordando la pobreza de las mujeres en el Semestre Europeo; organizar la iniciativa para abordar los retos del equilibrio entre vida y trabajo, continuar observando la evolución de la pobreza y la exclusión social y mejorar los datos disponibles relacionados con la igualdad de género y su interacción con otros factores; y seguir fomentando la igualdad de género y la capacitación de mujeres y niñas en la aplicación de la política exterior para alcanzar los resultados que figuran en el Plan de Acción sobre la Igualdad de Género 2016-2020, Igualdad de sexos y capacitación de las mujeres en las relaciones exteriores.

6. PROTECCIÓN SOCIAL Y POLÍTICA SOCIAL

6.1. La lucha contra la pobreza y la exclusión social

El Consejo EPSSCO de 16.06.2016 aprobó unas Conclusiones del Consejo sobre un enfoque integrado para luchar contra la pobreza y la exclusión social en las que reconoce el compromiso de la UE de respetar el objetivo de la Estrategia Europa 2020 sobre pobreza

y exclusión social, su naturaleza multidimensional y la exigencia de un enfoque integrado para prevenirlas y luchar eficazmente contra ellas, especialmente en el caso de las personas con empleo, con la cooperación de las autoridades públicas, interlocutores sociales, ONGs, sociedad civil y los propios destinatarios en todos los ámbitos de actuación.

Invita a la Comisión a: mantener la prevención y la lucha contra la pobreza como cuestiones prioritarias; apoyar a los Estados miembros para cumplir sus objetivos nacionales en esta materia y continuar supervisando la situación de la pobreza y la exclusión social con su colaboración; cooperar con todos los actores públicos y privados pertinentes en la UE, promover y estimular los intercambios de las mejores prácticas y mejorar el diálogo con los interlocutores sociales y la sociedad civil; fomentar la participación activa de la Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social y otras en el marco del Semestre Europeo y del MAC social; y seguir elaborando herramientas para estimular el intercambio de experiencias y mejores prácticas respecto de los enfoques y servicios integrados.

Anima a los Estados miembros a: reconocer el valor de aplicar el enfoque integrado y redoblar sus esfuerzos para prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social; abordar la pobreza infantil y promover el bienestar según la Recomendación de la Comisión sobre la inversión en la infancia; luchar contra la pobreza y la exclusión social de otros grupos vulnerables; reforzar la participación y cooperación entre los actores públicos, privados y de la sociedad civil pertinentes; fomentar el desarrollo de servicios integrados y personalizados de conformidad con la recomendación de inclusión activa; inspirarse en las mejores prácticas sobre enfoques integrados para prevenir y luchar contra la pobreza y la exclusión social; y utilizar mejor los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, del Programa de la UE para el Empleo y la Innovación Social (EaSI), y del FEAD.

Pide a los Comités de Empleo y de Protección Social: garantizar la vigilancia de la si-

tuación laboral y social, especialmente de los avances hacia los objetivos de la Estrategia Europa 2020 sobre el empleo y la reducción de la pobreza, con hincapié en la eficacia de los enfoques integrados; y reforzar la participación de los interlocutores sociales y de la sociedad civil en la lucha contra la pobreza y la exclusión social; y al Comité de Protección Social: continuar facilitando y estimulando el intercambio de experiencias sobre los enfoques integrados para la lucha contra la pobreza y la exclusión social, y organizar revisiones temáticas de los progresos y resultados logrados mediante la aplicación de este enfoque.

6.2. Iniciativa y ayuda financiera de la UE a la integración de los gitanos

A partir del Informe especial 14/2016 del Tribunal de Cuentas Europeo, de 28.06.2016, que pone de manifiesto que pese a los avances significativos de la última década aún son necesarios esfuerzos adicionales sobre el terreno, el Consejo EPSSCO de 13.10.2016 adoptó unas Conclusiones del Consejo sobre la iniciativa y la ayuda financiera de la UE a la integración de los gitanos, en las que: lo acoge favorablemente, considerando apropiado que el Tribunal se proponga evaluar si las iniciativas políticas de la UE y la ayuda financiera prestada por el FEDER y el FSE, y si los proyectos ejecutados en el periodo 2007-2013 han contribuido eficazmente a este fin; hace hincapié en la importancia de los esfuerzos y las medidas adoptadas por los Estados miembros y reafirma su responsabilidad principal; toma nota de la respuesta constructiva de la Comisión a las recomendaciones del Tribunal y de la asunción de alguna de las medidas propuestas por éste; reafirma la importancia de la ayuda financiera de la UE para las medidas de promoción social de los gitanos; manifiesta su acuerdo con la recomendación de que los Estados miembros contemplen la posibilidad de modificar sus estrategias nacionales de integración de los gitanos, velando por la consulta a las organizaciones de la sociedad civil

y a los representantes de la población gitana al planificar y aplicar medidas de integración, definiendo con más detalle la función de los puntos nacionales de contacto y velando por que sea proporcional a los recursos de que dispongan; pide a los Estados miembros que tengan en cuenta las recomendaciones para optimizar el uso de los fondos europeos; e invita a la Comisión a que en la preparación del próximo marco financiero plurianual, entre los criterios para la asignación de fondos considere prioritario el reto de la inclusión social y la necesidad de dedicar recursos para ayudar a las comunidades marginadas, entre ellas los gitanos.

El Consejo EPSSCO de 8.12.2016 adoptó unas Conclusiones del Consejo para acelerar el proceso de integración de los gitanos, a partir de la Comunicación de la Comisión de 27.06.2016 sobre «La evaluación de la aplicación del marco europeo de las estrategias nacionales de inclusión de los gitanos y de la Recomendación del Consejo relativa a la adopción de medidas eficaces de integración de los gitanos en los Estados miembros», en el contexto del Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos hasta 2020, en las que: reafirma este Marco y el compromiso de los Estados miembros de desarrollar, aplicar y supervisar las estrategias nacionales o sus medidas en el marco de las políticas generales de inclusión social; reconoce que los requisitos del Marco deben aplicarse conforme a los marcos jurídicos de los Estados miembros; acoge favorablemente la evaluación de la Comisión sobre la aplicación del Marco y de la Recomendación del Consejo en los Estados miembros aunque sólo hayan producido avances limitados, y los resultados de la reunión de alto nivel sobre el empoderamiento de los jóvenes gitanos y su participación activa en la política de integración de éstos.

Insta a los Estados miembros a: acelerar la aplicación de las estrategias nacionales de integración de los gitanos atendiendo especialmente a los aspectos de género y a la situación de los jóvenes; redoblar los esfuerzos

para mejorar su integración social y económica, en particular a nivel local; evaluar la eficacia de las estrategias nacionales y actualizarlas regularmente para acelerar el proceso de integración de los gitanos; garantizar la igualdad de acceso al empleo y a la educación a través de las sinergias entre las respectivas políticas para aumentar la flexibilidad, la movilidad y la empleabilidad de los desempleados gitanos; apoyar la empleabilidad de los jóvenes gitanos mediante programas que les permitan incorporarse al mercado laboral, fomentando políticas de formación profesional y en el puesto de trabajo, servicios de asesoramiento personalizado, programas de emprendimiento social y de apoyo al primer empleo para prevenir la transmisión intergeneracional de la pobreza en las comunidades gitanas; velar por la participación de los jóvenes gitanos, en el contexto de la IEJ y de la GJ, en las mismas condiciones que los demás jóvenes en las medidas adoptadas, y para que se aborde su situación en las políticas en favor de la juventud, tomando medidas para empoderarlos y que participen en la elaboración de las que les afecten directamente; velar por que se aborde la situación de las mujeres y de los niños gitanos en las políticas generales y de género, e incluir las medidas que se adopten en las estrategias nacionales de integración de los gitanos; favorecer un planteamiento anticipativo de la integración de las mujeres y jóvenes gitanos en la concepción, aplicación, seguimiento y revisión de las intervenciones y políticas dirigidas a los gitanos; desarrollar métodos de recogida de datos, seguimiento y elaboración de informes para apoyar la elaboración de políticas; eliminar cualquier forma de segregación en la educación, promoviendo el acceso de los niños gitanos en igualdad de condiciones a sistemas de educación infantil y atención a la infancia inclusivos y de calidad; garantizar la igualdad de acceso de los gitanos a los servicios sanitarios; adoptar medidas para implantar salvaguardias contra la discriminación, el racismo, la xenofobia y los delitos de incitación al odio contra los gitanos según la Carta de Derechos Fundamentales de la

UE; combatir los prejuicios contra los gitanos; redoblar los esfuerzos para asegurar la aplicación de la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad racial; empoderar a los puntos de contacto nacionales para la integración de los gitanos, asegurándose de que cuenten con los recursos necesarios.

Insta a la Comisión a: realizar la evaluación intermedia del Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de los Gitanos hasta 2020 y proponer una estrategia posterior a esta fecha; garantizar el aprovechamiento por los jóvenes desempleados gitanos de las políticas de empleo juvenil; proporcionar apoyo, orientación y financiación a las autoridades nacionales, regionales y locales, la sociedad civil y otros actores que participen activamente en la integración de los gitanos; y fomentar el diálogo, la cooperación y el intercambio de información sobre prácticas entre las partes interesadas, utilizando las plataformas nacionales y europeas para la integración de los gitanos.

Insta a la Comisión y a los Estados miembros a: fomentar el empoderamiento, la intervención y la participación de la población gitana, especialmente de la juventud, en la elaboración y la aplicación de políticas; velar porque las políticas de integración de los gitanos formen parte de las actuaciones de la Estrategia Europa 2020; utilizar eficazmente los recursos disponibles, incluidos los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos; utilizar los estudios y análisis de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE para establecer indicadores de seguimiento; seguir cooperando con organizaciones y organismos internacionales en materia de integración de los gitanos; y seguir utilizando los instrumentos existentes en la UE (red de puntos de contacto nacionales, Plataforma Europea para la Integración de la Población Gitana, intercambio de información sobre buenas prácticas y sistema de notificación en el contexto del Marco Europeo de Estrategias Nacionales de Integración de Gitanos hasta 2020).

7. CUESTIONES INSTITUCIONALES

7.1. Revisión de los Reglamentos constitutivos de EUROFOUND, UE-OSHA y CEDEFOP

En el marco de las actividades relacionadas con la organización y funcionamiento de las Agencias Descentralizadas y teniendo en cuenta los principios contenidos en la Declaración común interinstitucional de 19.07.2012 sobre este tema, el Consejo EPSSCO de 8.12.2016 adoptó una orientación general sobre las propuestas de revisión de los Reglamentos constitutivos de la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo (EUROFOUND), la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (UE-OSHA) y el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional (CEDEFOP), para armonizar determinadas disposiciones de los Reglamentos vigentes y actualizar sus objetivos y tareas.

En el caso del Reglamento de EUROFOUND, que revisa y deroga el Reglamento CEE 1365/75 de 1975, modificado en 1993, 2003 y 2005, teniendo en cuenta la ampliación de la UE y las modificaciones de los Tratados, que no han cambiado sustancialmente sus fundamentos, se pretende, tras la evaluación expost externa y la consulta a los interlocutores sociales UE sobre su orientación y contenido, dar una descripción clara de su papel de apoyo en la elaboración de las políticas sobre las condiciones de vida y de trabajo y en la promoción del diálogo social, y actualizar su mandato como centro de análisis, investigación y seguimiento de estas políticas, además de prever medidas antifraude, una política de conflicto de intereses, una evaluación y revisión, el establecimiento de un acuerdo de sede, la armonización de las disposiciones financieras, sobre programación y presentación de informes, y sobre el personal con el Estatuto de los Funcionarios y el régimen aplicable a los otros agentes de la UE; y la racionalización del proceso decisorio mediante la introducción de una estructura de gobierno a dos niveles,

constituida por el Consejo de Administración, cuyos miembros serán nombrados por el Consejo en representación de las organizaciones de trabajadores y empresarios de cada Estado miembro, en base a la lista presentada por las organizaciones de los interlocutores sociales (BUSINESSEUROPE y CES) de la UE, con facultades para: adoptar el presupuesto y aprobar la programación plurianual y anual de la Agencia y sus prioridades estratégicas; y un Comité Ejecutivo, responsable de preparar las reuniones del Consejo de Administración y apoyar su proceso decisorio y de supervisión, cuyo Director Ejecutivo debe responsabilizarse de la gestión global de la Agencia; manteniendo los Comités Consultivos.

En el Reglamento que revisa el de creación de la UE-OSHA, Agencia que ha desempeñado un papel importante para apoyar la mejora de la salud y la seguridad en el trabajo en la UE, dado que se ha producido una evolución en este ámbito, se plantean algunos ajustes para describir sus objetivos y tareas en comparación con el Reglamento 2062/94 del Consejo, modificado en 1995, 2003 y 2005, que se deroga, se define de forma más precisa su papel de apoyo a todas las partes que trabajan en este tema a escala nacional y europea, y se establece su estructura de gobierno, administrativa y de gestión, semejante a la de EUROFOUND, más una red formada por las redes nacionales de información, incluidas las organizaciones nacionales de los interlocutores sociales y los centros de referencia nacionales.

En el Reglamento que revisa y deroga el Reglamento CEE 337/75, de creación del CEDEFOP, de 1975, modificado en 1993, 1994, 1995, 2003 y 2004, tras la evaluación expost de 2011, centrada en su Estrategia para el periodo 2009-2013 y la consulta a los interlocutores sociales UE sobre la orientación de una acción de la Unión y sobre su contenido, se propone adaptar la terminología utilizada para definir sus objetivos y tareas previstos en el Reglamento original, respetando el mandato del Tratado en materia de educación y formación profesional, y tras la evaluación

de 2013, que concluyó que debería incluirse el trabajo de la Agencia sobre las capacidades como una de sus tareas e integrarse el referido a la información sobre las políticas y los instrumentos e iniciativas comunes europeos, apoyando la aplicación de una política de educación y formación profesional, garantizando que los conocimientos, las capacidades y las competencias apoyen el aprendizaje permanente y la empleabilidad en los mercados de trabajo cambiantes, para racionalizar el proceso decisorio de la Agencia y contribuir a una mayor eficiencia y eficacia apuesta por una estructura de gobierno, administrativa y de gestión semejante a la de EUROFOUND.

El articulado de las propuestas de los tres Reglamentos, de estructura similar, regula: la creación, los objetivos y las tareas de las Agencias; su organización, estructura administrativa y de gestión; el Consejo de Administración, su composición, funciones, programación pluriannual y programas de trabajo anuales, presidencia, reuniones, y normas de votación; el

Comité Ejecutivo; el Director Ejecutivo y sus cometidos; las disposiciones financieras relativas al presupuesto, su establecimiento, ejecución, rendición de cuentas y aprobación de la gestión, y las normas financieras; las disposiciones sobre el personal, el Director Ejecutivo, y los expertos nacionales en comisión de servicios y otros agentes; las disposiciones generales sobre el régimen jurídico, los privilegios e inmunidades, el régimen lingüístico, la transparencia, la lucha contra el fraude, las normas de seguridad aplicables a la protección de la información clasificada y de la información sensible no clasificada, la responsabilidad, la evaluación, las investigaciones administrativas, la cooperación con terceros países y organizaciones internacionales, los acuerdos de sede y condiciones de funcionamiento; las disposiciones transitorias relativas al Consejo de Administración, al personal y al presupuesto; y las disposiciones finales sobre la derogación, el mantenimiento en vigor de normas internas adoptadas por las Agencias en virtud de su regulación vigente, y su entrada en vigor.

DJAMIL TONY KAHALE CARRILLO*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. DEFINICIÓN DE EMPLEOS VERDES. 3. CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS VERDES. 4. EL PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. 5. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA. 6. LA CARTA SOCIAL EUROPEA. 7. LOS EMPLEOS VERDES EN EUROPA. 8. LAS MEDIDAS PARA IMPLEMENTAR LOS EMPLEOS VERDES EN EUROPA. 8.1. Incorporar a las mujeres en los empleos verdes. 8.2. Emprendimiento verde juvenil. 8.3. Negociación colectiva. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Se critica que el Derecho del Trabajo no haya intervenido o tenido una conexión con la protección del medio ambiente¹, pareciera que la Economía fuere la

que se ha encargado de ello; en vista de que «el problema del medio ambiente aparece estrechamente relacionado a, y condicionado por, la producción económica»². La doctrina, bajo este contexto, justifica tal dejadez, dado que la protección al medio ambiente pertenece a los «derechos de la tercera generación en cuanto derechos sobreañadidos a los derechos individuales y sociales»³.

* Profesor Doctor (acreditado a Titular) de la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT).

¹ Este artículo queda enmarcado dentro de los trabajos de investigación desarrollados por el autor en el Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-68205-P: Los salarios mínimos: regulación comparada y tendencias; Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-68205-P – Los salarios mínimos: regulación comparada y tendencias –; Proyecto de Investigación financiado por la Fundación Hergar (3ª Convocatoria de Ayudas a Proyectos de I+D+i 2016, en la categoría Investigación aplicada y tecnológica en Ciencias Sociales, Jurídicas y Humanidades)– FH2016-008: El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión

social y laboral de la juventud-; y, en la estancia de investigación realizada en la Associazione per gli Studi Internazionali e Comparti sul Diritto del Lavoro e sulle Relazioni Industriali, promotora con la Universidad de Bérgamo de la Escuela de Doctorado de «Formación de la Persona y Mercado de Trabajo».

² ROJO TORRECILLA, E., «La Europa social y el mundo del trabajo», *Cuadernos Noticias Obreras*, núm. 19, 1992, pág. 23.

³ MONEREO PÉREZ, J., «Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009, pág. 21.

No obstante, el Derecho del Trabajo «deberá impedir, tanto que el trabajo prestado por los asalariados sea indigno por participar en la degradación medioambiental, como imposibilitar que –precisamente en origen– se pongan en práctica actuaciones empresariales, no sólo atentatorias de la salud de los propios trabajadores, sino también las que pudieran conllevar menoscabo ambiental»⁴.

Los empleos verdes se han transformado en una especie de emblema de una economía y sociedad más sostenible, capaz de conservar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, más equitativa y abierta a todas las personas y a todos los países. En el que se apuesta a que aquellos, por una parte, evitarán un cambio climático peligroso y potencialmente inmanejable y protegerán el medio ambiente natural que sustenta la vida en la tierra. Por otra, ofrecerán trabajo decente y, a su vez, una perspectiva de bienestar y dignidad para todos, a medida que la población mundial continúa aumentando; mientras que más de mil millones de personas se ven excluidas del desarrollo económico y social⁵. Por lo que se extrae que el cambio climático, por ejemplo, trae como consecuencia una apuesta por un desarrollo sostenible medioambiental y social que se canaliza a través de los empleos verdes⁶.

Probablemente, el ritmo de creación de aquellos empleos se acelere en los próximos años. Una transición mundial hacia una economía con bajas emisiones de carbono y sostenible, puede crear un gran número de empleos verdes en muchos sectores de la economía y,

⁴ PÉREZ AMORÓS, F., «Derecho del Trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias», *Gaceta Laboral*, Vol.16, núm.1, 2010, págs. 93-128.

⁵ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Organización Internacional del Trabajo, Nairobi, Kenya, 2008, pág. 1.

⁶ ÁLVAREZ CUESTA, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2016, pág. 24.

de hecho puede convertirse en un motor de desarrollo. Actualmente, se están creando dichos empleos tanto en los países ricos como en algunas de las principales economías en desarrollo, como es en el caso de Europa.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) advierte del peligro eminente de la pérdida de puestos de trabajo en la economía tradicional contaminante en el proceso de transición a una economía verde. En vista de que el «cambio climático pronosticado conducirá, a mediano y largo plazo, a un grave trastorno de la actividad económica y social en muchos sectores en todos los continentes. El cambio climático en sí mismo, el proceso de adaptación y los esfuerzos para frenarlo reduciendo las emisiones, tienen repercusiones de gran alcance en el desarrollo económico y social, en los modelos de producción y, por lo tanto, en el empleo, ingresos y reducción de la pobreza. Estas repercusiones implican tanto mayores riesgos como oportunidades de empleo para los trabajadores en todos los países, pero en particular para los más vulnerables en los países menos desarrollados [...] Las políticas encaminadas a reducir los modelos de producción insostenibles pueden perjudicar al empleo y a las empresas en algunos sectores, mientras que las encaminadas a promover, por ejemplo, las energías renovables y el transporte de bajas emisiones probablemente aumentarán las oportunidades de empleo»⁷.

La protección del medio ambiente, por tanto, puede ir de la mano de la prosperidad económica y de las oportunidades de trabajo⁸. Por lo que aumentar la productividad y la sostenibilidad de sectores cruciales para el clima, como la agricultura, la construcción y la gestión de residuos, podría, por ejemplo, sacar de la pobreza a cientos de millones de pequeños

⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras*, Organización Internacional del Trabajo, Suiza, 2008, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_098486.pdf

⁸ POSCHEN, P. y RENNER, M., «Empleos verdes», *Finanzas & Desarrollo*, diciembre de 2015, pág. 14.

agricultores⁹. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) señala que hacer más verde el crecimiento creará nuevos empleos, incluyendo los puestos especializados en actividades verdes innovadoras emergentes. Empero, algunos empleos estarán en riesgo, por lo que es necesario facilitar la reubicación de trabajadores de los sectores y empresas en contracción a otros en expansión, como aquellos que reemplazan las actividades contaminantes con alternativas más limpias o que proporcionan servicios ambientales¹⁰.

El estudio tiene por objeto analizar las medidas que ha tomado España para implementar los empleos verdes como instrumento para generar empleo en Europa –previa definición de los empleos verdes y su clasificación– con el propósito de estudiar el papel que ha jugado la Organización del Trabajo y la Unión Europea para adentrarse en los empleos verdes en Europa, así como los objetivos que plantea la Carta Social Europea. Seguidamente, se ofrecen las medidas para implementarlos en Europa, que se centraran en incorporar a las mujeres en los empleos verdes, el emprendimiento verde juvenil y la negociación colectiva.

2. DEFINICIÓN DE EMPLEOS VERDES

La definición de empleos verdes se encuentra en diversos instrumentos internacionales. Empero, hay que advertir que los primeros documentos hacen mención al medio ambiente y la economía, como lo ha puesto de relieve la OCDE. La OIT, en 2008, publica «Empleos verdes. Hechos y Cifras», el cual define empleos verdes como aquellos que «reducen el impacto ambiental de las empresas y de los

sectores económicos, hasta alcanzar niveles sostenibles¹¹. En particular, pero no exclusivamente, esto incluye empleos que ayudan a proteger los ecosistemas y la biodiversidad, a reducir el consumo de energía, materiales y agua a través de estrategias altamente eficaces, reducir la dependencia del carbono en la economía y minimizar o evitar por completo la producción de todas las formas de desechos o contaminación»¹².

El Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)¹³, sin embargo, ha definido economía verde como «aquella economía que resulta en un mejor bienestar humano y equidad social, reduciendo significativamente los riesgos ambientales y las escaseces ecológicas»¹⁴. En su expresión más simple, una economía verde puede ser considerada como aquella que es baja en carbono, eficiente en recursos y socialmente inclusiva¹⁵.

La OIT reduce el impacto ambiental de las empresas y de los sectores económicos, hasta alcanzar niveles sostenibles. En España la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible¹⁶, entiende por economía sostenible «un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambiental en

¹¹ Vid. DE VINCENTIS, G., «La evolución del concepto de desarrollo sostenible», *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012.

¹² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras*, Organización Internacional del Trabajo, Suiza, 2008, en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/publication/wcms_098486.pdf

¹³ <http://www.unep.org>

¹⁴ «Las definiciones de Economía Verde que manejan las organizaciones de gobierno global coinciden en la necesidad de mercantilizar el capital natural para hacerlo sostenible. Es un paso más en el proceso de privatización y mercantilización (commodification) de recursos públicos que los organismos de gobernanza global, y especialmente la UE, imponen como solución a las grandes crisis del capitalismo desde los años 80 y en especial a la crisis financiera global de 2008». RAMOS DÍAZ, J., «Economía Verde y Empleo: las potencialidades laborales de la 'Transición Ecológica' en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 34,2, 2016, pág. 434.

¹⁵ http://www.pnuma.org/eficienciarecursos/economia_verde.php

¹⁶ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Working Toward Sustainable Development: Opportunities for Decent Work and Social Inclusion in a Green Economy*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.

¹⁰ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Hacia el crecimiento verde. Un resumen para los diseñadores de políticas*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, París, 2011, pág. 15.

una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades».

Como puede observarse de la literalidad de la definición de aquellos empleos, se trata más de empresas verdes que de empleos de tal color. En el sentido de que se emplea la mano obrera en sectores productivos no contaminantes, sin ofrecer una definición concretamente. En términos similares, la OIT presenta una definición con apariencia externa de «empleos verdes», que, de manera interna, ofrece las medidas que las empresas deben atenerse para proteger el medio ambiente, sin definir de manera objetiva qué es un trabajo con estas peculiaridades. Por tanto, «más que de empleo verde en el sentido de que abarque la totalidad de la actividad empresarial debería construirse el discurso del empleo verde por sectores de producción, incluyendo naturalmente solamente aquellos que sean respetuosos con el medio ambiente como los comentados, pero sin excluir otras actividades tradicionalmente alejadas de este concepto que pueden asumir con cierta facilidad algunos postulados, prácticas y métodos de producción verdes»¹⁷.

Las características principales de los empleos verdes se centran en las siguientes cuestiones:

a) La empresa verde no es aquella en la que su objeto social sea lo verde, sino que cualquier empresa con cualquier tipo de actividad principal es considerada como tal si asume alguno de los componentes de la definición.

b) Es considerada como empresa verde aquella en que la producción de sus productos sea crecidamente contaminante, si pone los medios para reducir el uso del carbono.

Como bien reconoce la OIT, «muchos trabajos que son verdes en teoría no lo son en la práctica debido al daño ambiental causado por prácticas inadecuadas. Por lo tanto, el concepto de empleo verde no es absoluto, hay 'tonalidades' de verde y el concepto evolucionará con el tiempo»¹⁸. La doctrina, sin embargo, define empleos verdes como «aquel trabajo asalariado por cuenta ajena que se ejerce en una 'empresa verde', es decir, en una empresa no contaminante, o que minimiza la dependencia de las clásicas energías»¹⁹.

Los informes de aquel Organismo internacional demuestran que los empleos verdes no constituyen automáticamente trabajo decente. Algunos de ellos son considerados como «sucios, peligrosos y difíciles». En empresas, por ejemplo, como la administración de desechos y el reciclado, la energía de la biomasa y la construcción, el empleo tiende a hacer precario y con los ingresos bajos. Para que los empleos verdes representen un cambio para un futuro verdaderamente sostenible, esta situación debe cambiar. En los que aquellos deben abarcar el trabajo decente. Bajo este contexto, los empleos verdes decentes, vinculan de manera eficaz los Objetivos de Desarrollo del Milenio 1 (reducción de la pobreza) y 7 (proteger el medio ambiente); y contribuyen a que se apoyen mutuamente, en vez de entrar en conflicto²⁰.

Por consiguiente, para que estos empleos sean sostenibles deben ser trabajo decente. La OIT, en este sentido, define trabajo decente como aquel que busca expresar lo que debería ser, en el mundo globalizado, un buen trabajo

¹⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., ¿A qué queremos referirnos cuando hablamos de empleos verdes?, en AA.VV. (Coord. ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.), *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*, Dykinson, Madrid, 2013.

¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras, Organización Internacional del Trabajo, op. cit.*

¹⁹ ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., ¿a qué queremos referirnos cuando hablamos de empleos verdes?, *op. cit.*

²⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras, Organización Internacional del Trabajo, op. cit.*

o un empleo digno²¹. Dicho en otras palabras, «el trabajo que dignifica y permite el desarrollo de las propias capacidades no es cualquier trabajo; no es decente el trabajo que se realiza sin respeto a los principios y derechos laborales fundamentales, ni el que no permite un ingreso justo y proporcional al esfuerzo realizado, sin discriminación de género o de cualquier otro tipo, ni el que se lleva a cabo sin protección social, ni aquel que excluye el diálogo social y el tripartismo»²².

El trabajo decente²³, por tanto, es el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: a) La promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, b) El empleo, c) La protección social, d) El diálogo social. La finalidad de la OIT, en este sentido, es la de promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana²⁴. El trabajo decente es fundamental en el esfuerzo por reducir la pobreza, y es, a su vez, un medio

para lograr un desarrollo equitativo, inclusivo y sostenible. Los empleos verdes y decentes vinculan eficazmente los Objetivos de Desarrollo del Milenio²⁵, como ya se ha adelantado, de reducción de la pobreza y protección del medio ambiente²⁶.

La Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo señala que el término empleos verdes es «genérico que abarca una amplia gama de puestos de trabajo en diferentes sectores, con diferentes condiciones y procesos de trabajo, en los que interviene una mano de obra diversa»²⁷. En definitiva, los empleos verdes deberían ser trabajo decente.

De manera gráfica, la OIT presenta a través de la siguiente imagen la distinción entre dos tipos de empleos verdes. Por una parte, los empleos en sectores económicos verdes desde el punto de vista del producto final. Por otra, las funciones de trabajo en todos los sectores desde una perspectiva de proceso respetuoso con el medio ambiente. Aquel Órgano resalta que los empleos verdes son todos los trabajos que se encuentran en la zona marcada.

²¹ La Real Academia Española define digno como merecedor de algo; es decir, correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo. www.rae.es

²² http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm

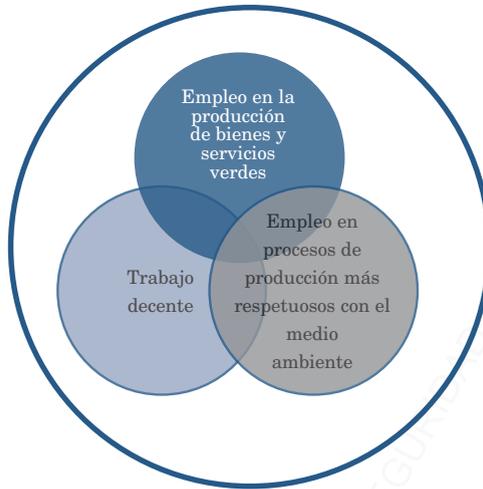
²³ Vid. GHAI, D., «Trabajo decente. Concepto e indicadores», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 122, núm. 2, 2003.

²⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo Decente. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, 1999, en <http://www.oit.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>

²⁵ Vid. Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, en: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/>

²⁶ NIETO, J., «Economía sostenible y empleos verdes en tiempos de crisis», *Revista de Ecología Política*, núm. 40, 2010, pág. 39.

²⁷ AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Empleos verdes y seguridad y salud en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los riesgos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020*, Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, Bélgica, 2013, pág. 35.



Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, ¿Qué es un empleo verde?, en http://ilo.org/global/topics/green-jobs/news/WCMS_325253/lang--es/index.htm

3. CLASIFICACIÓN DE EMPLEOS VERDES

Los estudios han dividido los empleos verdes en tres categorías²⁸:

a) Empleos directos: Primera serie de cambios en el trabajo procedidos de los movimientos realizados en los productos resultantes en industrias específicas.

b) Empleos indirectos: Cambios en el trabajo derivados de los movimientos en los insumos necesarios para que suceda lo anteriormente señalado.

c) Empleos inducidos por los ingresos: Trabajos adicionales creados por cambios producidos en los ingresos y los gastos familiares derivados de los dos tipos de categoría indicadas anteriormente.

La OCDE y Eurostat²⁹, no obstante, clasifican los empleos verdes en las siguientes categorías³⁰:

a) Actividades nucleares o características: Servicios que tienen como principal objetivo –es decir, su actividad principal– en la protección del medio ambiente.

b) Actividades conectadas o relacionadas: Actividades económicas (bienes y servicios) que tienen como principal objetivo –es decir, su actividad principal la producción de bienes y servicios no ambientales– en aquellos que están muy ligados al medio ambiente. Bien, porque incorporan este como input o, bien, porque proveen consumos intermedios a las actividades ambientales nucleares.

El informe realizado por el Observatorio de la Sostenibilidad y la Fundación de

²⁸ POLLIN, R.; GARRETT-PELTIER, H.; HEINTZ, J.; y SCHARBER, H., *Green recovery – A program to create good jobs and start building a low-carbon economy*, Political Economy Research Institute, 2008, en http://www.peri.umass.edu/green_recovery/.

²⁹ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS Y EUROSTAT, *The Environmental Goods and Services Industry: Manual for Data Collection and Analysis*, OCDE y Eurostat, París, 1999.

³⁰ SUSTAINLABOUR, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Sustainlabour, Madrid, 2012, pág. 19.

la Biodiversidad³¹, en el que han cuantificado los empleos directos vinculados a las ecoindustrias existentes en España señala – tras entender las ecoindustrias, según la ODCDE, como «aquellas actividades que producen bienes y servicios para medir, prevenir, limitar, minimizar o corregir los daños medioambientales sobre agua, aire, suelo, así como también los problemas relativos a los residuos, ruido y ecosistemas. Se incluyen igualmente aquellas tecnologías, productos y servicios limpios que reducen el riesgo medioambiental y minimizan la contaminación y la utilización de los recursos»³²– que las actividades acotadas que las engloban son las siguientes³³:

- a) Depuración de aguas.
- b) Gestión de residuos.
- c) Energías renovables.
- d) Gestión de zonas forestales.
- e) Servicios ambientales a empresas.
- f) Educación e información ambiental.
- g) Agricultura y ganadería ecológicas.
- h) Gestión de espacios naturales.
- i) Actividades de protección ambiental en industrias y servicios.
- j) Sector público (trabajadores vinculados a actividades medioambientales generales).
- k) I+D+i medioambiental.

Aquel informe, no obstante, a la hora de entender actividades de empleos verdes señala los siguientes cuatro grupos³⁴:

a) Los que tienen por cometido corregir, minimizar o regenerar los efectos adversos de las actividades humanas en el medio ambiente. Dicho en otros términos, se trata de un sector transversal a todos los demás sectores económicos, en el que están presentes tanto las actividades de servicios específicamente ambientales, como, por ejemplo, la gestión de residuos, depuración de aguas residuales o regeneración de suelos; así como las que dependen de ellas vía relaciones interindustriales.

b) Las que producen bienes y servicios de forma ambientalmente respetuosa, como la agricultura ecológica y el turismo ecológico y rural. Así como aquellas que generan energía y materia de forma sostenible, como las energías renovables o la producción forestal sostenible. Y las orientadas a la conservación/regeneración de ecosistemas, como la gestión de parques o recuperación de espacios de valor ecológico.

c) Los servicios con finalidad preventiva y de control, como los que prestan las actividades y empresas privadas cuya función es la prevención, minimización en origen de la contaminación, ecodiseño, educación y sensibilización ambiental; o las funciones que cumplen los departamentos de la administración con responsabilidades ambientales.

d) Las que realizan empresas de los sectores tradicionales que están avanzando en el proceso de modernización ambiental de sus productos y procesos, individual o colectivamente. Así como las actividades de investigación y desarrollo tecnológico orientadas al incremento de la ecoeficiencia y ecoeficacia del sistema productivo.

³¹ OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD Y FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Informe Empleo Verde en una Economía Sostenible*, Observatorio de la Sostenibilidad y Fundación Biodiversidad, 2010.

³² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS Y EUROSTAT, *The Environmental Goods and Services Industry: Manual for Data Collection and Analysis*, OCDE y Eurostat, París, 1999.

³³ Vid. FUNDACIÓN IDEAS, *Los empleos verdes en la Comunidad de Madrid: posibilidades de futuro*, Fundación Ideas, Madrid, 2011, pág. 15.

³⁴ OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD Y FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Informe Empleo Verde en una Economía Sostenible*, Observatorio de la Sostenibilidad y Fundación Biodiversidad, 2010, pág. 21.

Eurostat ha publicado un catálogo que establece el conjunto de actividades relacionadas con el medio ambiente, denominado: «Classification of Environmental Protection Activities and Expenditure» (CEPA). Este catálogo sigue un criterio tradicional y contempla las actividades de corrección de la contaminación, fabricación de bienes de equipo para la industria medioambiental, servicios a las comunidades (recogida de residuos, tratamiento de aguas,...) y consultoría e ingeniería, entre otras. Los grandes grupos de actividad son los siguientes³⁵:

01. Protección del aire y del clima
02. Gestión de las aguas residuales
03. Gestión de residuos
04. Protección y descontaminación de suelos, aguas subterráneas y aguas superficiales
05. Reducción del ruido y las vibraciones (excluyendo la protección en el lugar de trabajo)
06. Protección de la biodiversidad y los paisajes
07. Protección contra las radiaciones (excluida la seguridad exterior)
08. Investigación y desarrollo
09. Otras actividades de protección ambiental

4. EL PAPEL DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La OIT incentiva la creación de dichos empleos verdes a través del Programa para los empleos verdes. Aquel Programa indica el compromiso que tiene el Organismo a favor de

la acción sobre el cambio climático y la promoción de sociedades eficientes en el uso de los recursos y con bajas emisiones de carbono.

El Programa trabaja con varias organizaciones e instituciones; entre ellas, la Alianza para la Acción hacia una Economía Verde (PAGE, por sus siglas en inglés), Plataforma de Conocimiento del Crecimiento Verde (GGKP, por sus siglas en inglés), la Asociación para el Aprendizaje sobre el Cambio Climático de la Iniciativa Una ONU (UNCC: Learn, por sus siglas en inglés) y el Grupo de Trabajo para el crecimiento verde del Comité de Donantes para el Desarrollo Empresarial (DCED, por sus siglas en inglés), entre otros.

Los servicios del programa incluyen las siguientes medidas³⁶:

a) Creación de conocimientos al documentar experiencias, realizar estudios mundiales, regionales y sectoriales y producir informes de referencia y directrices sobre los vínculos entre las cuestiones laborales y medioambientales.

b) Promoción internacional al establecer alianzas, como Partnership for Action on Green Economy (PAGE)³⁷ y participar en las discusiones y procesos de negociación clave a fin de incrementar la coherencia de las políticas internacionales.

c) Desarrollo de las capacidades al ofrecer a las partes interesadas oportunidades de aprendizaje de los conceptos fundamentales de los empleos verdes, los enfoques apropiados, las herramientas existentes y las mejores prácticas. Los programas de formación, a nivel internacional, regional y nacional, organizados en colaboración con el Grupo de aprendizaje sobre empleos verdes del CIF-OIT³⁸, que tienen por objeto proporcionar a las partes

³⁵ http://ec.europa.eu/eurostat/ramon/nomenclatures/index.cfm?TargetUrl=LST_NOM_DTL&StrNom=CEPA_2000&StrLanguageCode=ES&IntPcKey=&StrLayoutCode=HIERARCHIC&IntCurrentPage=1

³⁶ http://ilo.org/global/topics/green-jobs/WCMS_344728/lang-es/index.htm

³⁷ <http://www.un-page.org>

³⁸ http://www.itcilo.org/es/areas-de-especializacion/empleos-verdes?set_language=es

interesadas los conocimientos necesarios para que participen de manera eficaz en la elaboración de estrategias para la creación de empleos verdes.

d) Diagnóstico y establecimiento de prioridades al identificar los sectores económicos con alto potencial para crear empleos verdes mediante evaluaciones nacionales.

e) Proyectos pilotos mediante los cuales se desarrollan y experimentan las herramientas para los enfoques sectoriales y temáticos, como la iniciativa empresarial verde, la ecologización de las empresas y el desarrollo de infraestructuras locales para la adaptación al cambio climático.

f) Asesoramiento para la formulación e implementación de políticas eficaces a nivel nacional y sectorial que creen empleos verdes, promuevan la inclusión social y mejoren la sostenibilidad.

g) Intercambio de conocimientos para que otros puedan aprender de las mejores prácticas y de las experiencias nacionales.

La activación de todas estas medidas data desde 2008, en el que ha habido una participación activa en los debates políticos internacionales como las negociaciones sobre el clima y el G8³⁹, análisis e investigación global, asistencia a los Estados miembros de la OIT y sus constituyentes, y, finalmente, la creación de capacidad para los constituyentes de aquel Organismo.

³⁹ El G-8 es un espacio para el debate y la reflexión donde los países miembros toman decisiones respecto de la gestión política y económica mundial. Constituye, fundamentalmente, un ámbito para la cooperación internacional. El G-8 está compuesto por los países que integran el G-7, más Rusia. El G-7 agrupa a las economías más industrializadas del mundo: Alemania, Italia, Canadá, Japón, Estados Unidos, Reino Unido y Francia. El objetivo de las reuniones, que se celebran de forma periódica, es informarse acerca de sus políticas, intentar coordinarlas en la medida de lo posible y posicionarse sobre diversos temas internacionales. Sus decisiones se toman por consenso, si bien no resultan vinculantes ni de obligado cumplimiento para cada uno de los países. <http://www.expansion.com/diccionario-economico/grupo-de-los-8-g8.html>

Los empleos verdes se pueden crear en todos los sectores y empresas. Existen, por una parte, empleos directos en los sectores que producen bienes y servicios más verdes. Por otra, empleos indirectos en sus cadenas de suministro. Por último, empleos inducidos, cuando los ahorros en energía y materia prima se invierten en otros bienes y servicios de mayor intensidad de mano de obra. Bajo este contexto, dichos empleos se pueden crear tanto en áreas urbanas como en zonas rurales, en el que incluyen ocupaciones en todo el espectro laboral, desde el trabajo manual hasta el altamente cualificado.

Ejemplo de todo lo anterior, es el empleo directo que se incluye en la manufactura, la instalación y la operación de energía renovable de bajas emisiones. El empleo indirecto, se presenta en la fabricación del acero para las cajas de engranajes y torres de molinos, los compuestos químicos para las aspas y el hormigón para los cimientos de un molino. El documento Programas Empleos Verdes de la OIT señala que «mucho menos visible pero igualmente importantes para una producción más verde son los operadores que mejoran la eficiencia del proceso en la industria, los gerentes de planta que reducen la energía y el consumo de recursos en las fábricas, oficinas y otros edificios, los encargados de compras, los proveedores de servicios logísticos y muchos otros».

5. EL PAPEL DE LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea (UE) la transición hacia un sistema económico y productivo sostenible se inició en la década de los noventa con la Comunicación de la Comisión «Medio Ambiente y Empleo: Hacia una Europa Sostenible». Posteriormente, el objetivo de la Estrategia de Lisboa en convertir la economía europea en la más competitiva y dinámica del mundo en el año 2010, fue complementado con la Estrategia de Desarrollo Sostenible (EEDS) incorporada en el Consejo Europeo de Gotemburgo de 2001. Esta última contempla

una visión a largo plazo de la sostenibilidad en el que el crecimiento económico, la cohesión social y la protección del medio ambiente se refuerzan mutuamente. Una evaluación de los avances de esta estrategia planteó, en 2009, la necesidad de una mejor coordinación con el resto de políticas y estrategias europeas en particular con la Estrategia de Lisboa.

La Comunicación de la Comisión de 15 de mayo de 2001, «Desarrollo sostenible en Europa para un mundo mejor: estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible» (Propuesta de la Comisión ante el Consejo Europeo de Gotemburgo)⁴⁰, establece un marco político a escala de la UE para permitir el desarrollo sostenible; es decir, para responder a las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras a la hora de satisfacer sus propias necesidades. El desarrollo sostenible se basa en los siguientes cuatro pilares que deben reforzarse mutuamente: a) Económico, b) Social, c) Medioambiental, d) Gobernanza mundial. Por ello, las consecuencias económicas, sociales y medioambientales de todas las políticas deben examinarse de forma coordinada y tenerse en cuenta en el momento de su elaboración y adopción.

En cuanto a los principios básicos de la estrategia se basan en los siete siguientes: a) Promoción y protección de los derechos fundamentales, b) Solidaridad intra e intergeneracional, c) Garantía de una sociedad abierta y democrática, d) Participación de los ciudadanos, empresas e interlocutores sociales, e) Coherencia e integración de las políticas, f) Explotación de los mejores conocimientos disponibles, g) Principios de precaución y de «quien contamina, paga».

La Resolución del Parlamento Europeo (2010), sobre el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible, recoge la definición realizada por la OIT en el estudio del empleo verde. Empe-

ro, reconoce la dificultad de delimitar el sector medioambiental, por el carácter horizontal de la protección medioambiental, y la imposibilidad de delimitar de forma definitiva el potencial de trabajo verde.

En la actualidad, el documento «Europa 2020: Una estrategia para el crecimiento inteligente», procura que Europa salga fortalecida de la crisis y convierta a la UE en una gran economía inteligente, sostenible e integradora, que disfrute de altos niveles de empleo, de productividad y de cohesión social. Para ello, tiene que definir el lugar que quiere ocupar en 2020. Con este propósito, la Comisión establece unos objetivos interrelacionados que son fundamentales para garantizar el éxito y propone que cada Estado miembro los adapte a su situación particular, traduciéndolos en objetivos y trayectorias nacionales.

Los objetivos son representativos de las tres prioridades de crecimiento, pero no son exhaustivos; dado que requiere un gran abanico de acciones a nivel tanto nacional, como comunitario e internacional para poder sustentarlos. La Comisión propone para esta consecución siete iniciativas representativas que se materializan, tanto en la UE como en los Estados miembros, en relación a los siguientes ámbitos: a) Innovación, b) Educación, c) Sociedad digital, d) Clima, energía y movilidad, e) Competitividad, f) Empleo y cualificaciones, g) Lucha contra la pobreza.

Para ello ha fijado cinco objetivos clave que la UE debe alcanzar al final de la década en los ámbitos de empleo, educación, investigación e innovación, integración social y reducción de la pobreza, y cambio climático y energía:

a) Empleo: El 75% de la población de entre 20 y 64 años deberá tener empleo.

b) I+D: El 3% del PIB de la UE deberá ser invertido en I+D.

c) Cambio climático y sostenibilidad energética: Reducir en un 20% (o un 30% si se dan las condiciones) las emisiones de gases de efecto invernadero, aumentar en un 20% las

⁴⁰ COM (2001) 264 final – no publicada en el Diario Oficial.

energías renovables, y aumentar en un 20% la eficiencia energética.

d) Educación: El porcentaje de abandono escolar deberá ser inferior al 10% y al menos el 40% de las personas de 30 a 40 años deberá tener estudios superiores completos.

e) Lucha contra la pobreza y la exclusión social: Reducir al menos en 20 millones el número de personas en situación o riesgo de pobreza y exclusión social.

Como puede observarse, el que más interesa al objeto de este estudio es el cambio climático y la sostenibilidad energética, en el que pretende, por un lado, reducir en un 20% (o un 30% si se dan las condiciones) las emisiones de gases de efecto invernadero. Por otro, aumentar en un 20% las energías renovables, y, por último, aumentar en un 20% la eficiencia energética.

Como se evidencia, destaca la necesidad de que el crecimiento sea sostenible y se base en una economía eficiente en el consumo de recursos y de bajas emisiones de carbono. Por ello la UE se ha impuesto objetivos de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero mediante el aumento de la proporción de fuentes de energía renovables, con el propósito de satisfacer las necesidades energéticas de Europa e incrementar la eficiencia energética. Por consiguiente, el cabal cumplimiento de tales objetivos traerá como consecuencia una vertiginosa evolución de la economía verde.

Unido a lo anterior se requiere una gobernanza económica fuerte para lograr resultados, en el que Europa 2020 se basa en dos pilares fundamentales. Por una parte, el enfoque temático, cuyo instrumento principal es el programa E2020 y sus iniciativas emblemáticas, y que muestra la interdependencia de las economías de los Estados miembros, permitiendo una mejor selección de las iniciativas concretas que han de impulsar la Estrategia y ayudando a lograr los principales objetivos europeos y nacionales. Por otro, los informes nacionales, que sirven a Estados miembros para desarrollar sus estrategias y volver a la

senda del crecimiento y de unas finanzas públicas sostenibles.

6. LA CARTA SOCIAL EUROPEA

El Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la Carta Social Europea (CSE), hecha en Turín de 18 de octubre de 1961⁴¹, que el Plenipotenciario de España ratificó el día 27 de abril de 1978, advierte que España interpretará y aplicará los artículos 5 (Derecho sindical) y 6 (Derecho de negociación colectiva) de la CSE, en relación con el artículo 31 (Restricciones) y el anexo a la Carta (Ámbito de aplicación de la Carta Social en lo que se refiere a las personas protegidas), de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española⁴².

En cuanto a los empleos verdes, el artículo 1 de la CSE garantiza el derecho del trabajo al reconocer, en primer término, como uno de sus principales objetivos y responsabilidades la obtención y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, con el propósito de lograr el pleno empleo. En segundo término, a proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida a través de un trabajo libremente elegido. En tercer término, a establecer o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores. Por último, y en cuarto término, a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.

Bajo este contexto, la UE juega un papel importante, como ha podido observarse en el epígrafe anterior; dado que uno de sus cometidos es el desarrollo del potencial de creación de empleo de una nueva economía sostenible, según la Resolución del Parlamento Europeo (2010) y el documento «Europa 2020: Una estrategia para el crecimiento inteligente». Por ello aboga por la creación de aquellos empleos.

⁴¹ BOE núm. 153, de 26 de junio de 1980.

⁴² BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, el artículo 2 de la CSE, dispone que se fijará una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo, reduciendo progresivamente la semana laboral en la medida en que lo permitan el aumento de la productividad y otros factores pertinentes. Así como establecer días festivos pagados y conceder vacaciones anuales pagadas de dos semanas como mínimo; y a conceder a los trabajadores empleados en determinadas ocupaciones peligrosas o insalubres una reducción de la duración de las horas de trabajo o días de descanso suplementarios pagados y, finalmente, a garantizar un reposo semanal que coincida en la posible con el día de la semana reconocido como día de descanso por la tradición y los usos del país o la región.

En cuanto al ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, el artículo 4 de la CSE reconoce, por una parte, el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso. Por otra, el derecho de los trabajadores a un incremento de remuneración para las horas extraordinarias, salvo en determinados casos particulares y el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor. Por último, el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo y a no permitir retenciones sobre los salarios, sino en las condiciones y límites establecidos por las leyes o reglamentos nacionales, o fijados por convenios colectivos o laudos arbitrales. Sin embargo, el ejercicio de estos derechos deberá asegurarse a través de convenios colectivos libremente concertados, por los medios legales de fijación de salarios, o mediante cualquier otro procedimiento adecuado a las condiciones nacionales.

Empero, la doctrina es del criterio, en cuanto a la implantación de la CSE, que «el balance que puede hacerse de su puesta en práctica permite afirmar, por un lado, que, por sus insuficiencias y limitaciones de origen, no

ha jugado el papel impulsor y transformador que algunos habían esperado, pero que, sin embargo, por otro lado, ha sido un instrumento eficaz para promover un acercamiento de los ordenamientos y de corrección y reforma de los diversos sistemas positivos de los países que la han ratificado, provocando reformas legislativas o corrección de prácticas contrarias a la Carta. En este sentido la Carta ha sido y habrá de ser un importante instrumento de orientación del progreso social»⁴³. En el siguiente epígrafe se ofrece una visión de los empleos verdes en Europa para que el lector tenga una visión del alcance que han tenido en el viejo continente; y confirmar la apuesta que tiene la Unión Europea en su implantación que cumple con sus propios objetivos y, a su vez, con los de la CSE.

7. LOS EMPLEOS VERDES EN EUROPA

Antes de analizar los datos en Europa, hay que señalar algunas referencias a nivel internacional. La OIT señala que existen millones de empleos verdes en los países industrializados, en las economías emergentes y en los países en desarrollo, especialmente en el suministro de energía, fuentes de energía renovable; eficiencia energética, en especial en edificios y construcción; transporte; industrias básicas, agrícola y forestal. En el que 2,3 millones de personas han encontrado nuevos empleos en el sector de la energía renovable en los últimos años, y el potencial de crecimiento del empleo en este sector es enorme⁴⁴.

Aquel Organismo vaticina que el empleo en energías alternativas podría crecer hasta 2,1 millones en energía eólica y 6,3 millones en la solar para 2030. No obstante, las tecnologías limpias constituyen el tercer sector que capta

⁴³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 5, núm. 1, 1978, pág. 43.

⁴⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras*, Organización Internacional del Trabajo, Suiza, 2008.

más capital de riesgo después de la información y la biotecnología en Estados Unidos, mientras que en China, el capital de riesgo verde se duplicó con creces, hasta alcanzar el 19% del total de la inversión en los últimos años.

La energía renovable genera más trabajos que los combustibles fósiles. Están previstas inversiones por 630 mil millones de dólares para 2030, que se traducirán en, por lo menos, 20 millones de nuevos empleos en este sector. En agricultura, por ejemplo, 12 millones de personas podrían trabajar en biomasa para la producción de energía y otras industrias relacionadas.

Una transición hacia la eficiencia energética en las viviendas a nivel mundial podría generar millones de trabajos, al mismo tiempo que hacer más limpios los empleos existentes para muchos de los cerca de 111 millones de trabajadores del sector de la construcción. Las inversiones en el aumento de la eficiencia energética de los edificios podrían generar otros, de 2 a 3,5 millones de empleos verdes en Europa y Estados Unidos, con un potencial mucho más alto para los países en desarrollo.

Al centrarse en Europa, para la Oficina de Política Europea de WWF le es difícil establecer una cifra exacta de creación de empleo verde, sobre todo en el área de la eficiencia energética⁴⁵. El informe indica que en Europa existen casi unos 400.000 empleos en energías renovables (directos e indirectos), 2,1 en el sector del transporte eficiente y unos 900.000 en bienes y servicios de eficiencia energética, solo directos, siendo ésta una cifra conservadora. Todo esto suma un total de 3,4 millones de empleos directos. En cuanto a los empleos indirectos, podrían rondar los 5 millones. Además, otras áreas de eficiencia energética tales como equipos eficientes, iluminación y otros equipos añadirían más empleos a la cifra total obtenida.

En la UE se emplean un total de 130 millones de personas. El número de empleos verdes es todavía relativamente bajo comparado con el empleo total, pero ocupa una posición favorable en comparación con las industrias contaminantes; es decir, minería, electricidad, gas, cemento, y los sectores del hierro y del acero, con unos 2,8 millones de puestos de trabajo. Las expectativas apuntan a que el empleo en el área de las energías renovables y en otras actividades económicas verdes continuará su expansión en el futuro, mientras que el empleo en las industrias extractivas y contaminantes seguirá una senda decreciente.

En general en la UE-27, según el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, particularmente en la gestión de residuos y de aguas residuales⁴⁶, y para el período 2008-2010, desciende el número de empresas (-12,4% aguas residuales; -4,2% residuos) dedicadas a los sectores objeto de estudio. No obstante, existe un incremento del empleo en aguas residuales (4,8%) y un descenso en residuos (-0,7%).

A partir de los datos disponibles en 2010, el análisis del número de empresas por países revela que cuatro concentran el 55% de las empresas en ambos sectores. En el subsector de aguas residuales, destacan España, Alemania, Polonia y Dinamarca que representan, cada una, más del 10% del total de empresas de la UE siendo Eslovaquia (161,8%), España (89,5%) y República Checa (44%) los países que experimentan los mayores incrementos en el período estudiado. En el subsector de gestión y tratamiento de residuos, Francia, República Checa, Reino Unido y Polonia concentran mayor número de empresas mientras que Eslovaquia (240,5%), República Checa (46%) y Bélgica (35%) registran los mayores aumentos. España, por el contrario, es el país que ha experimentado un mayor descenso en el período de referencia (17%). Asimismo, las empresas

⁴⁵ OFICINA DE POLÍTICA EUROPEA DE WWF, *Empleo verde en Europa Oportunidades y perspectivas futuras*, WWF, 2009, pág. 9.

⁴⁶ MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Análisis Y Prospectiva*, Serie Medio Ambiente, núm. 6, mayo, 2013.

que se dedican al sector de residuos en España (2.690), representan 0,11% del total de las empresas españolas y el 0,01% del total de empresas de la UE-27. Estos porcentajes son similares en el subsector de aguas residuales, donde el número de empresas (3.157) representa el 0,13% y 0,01% respectivamente.

En cuanto al personal empleado, y según los datos del 2010 en la UE-27, la gestión de aguas residuales emplea a cerca de 420.000 personas. Más del 50% de este empleo se encuentra en Alemania, Polonia y Francia. La gestión de residuos emplea a 676.302 personas, siendo Alemania, Francia y Reino Unido las que aglutinan el 46% de este empleo. España presenta un comportamiento positivo en ambos sectores con incrementos del 14,1% en aguas residuales y del 16,7% en tratamiento de residuos. Concretamente, el número de personas empleadas en territorio español, en el sector residuos, es de 69.426, lo que supone el 0,6% del total de personas empleadas en todos los sectores de la economía a nivel nacional y el 0,05% a nivel europeo. En el sector de aguas residuales, las personas empleadas (45.553), suponen el 0,4% del total de personas empleadas a nivel estatal y el 0,03% de la UE-27.

Los estudios indican, sin embargo, que en España se contabilizan entre 400.000 y más de medio millón de empleos verdes, equivalentes al 2,2% del empleo total en España. Por su parte, la contribución de la economía verde al total de la economía española se estima en 25.000 millones de euros anuales, un 2,4% del total del Producto Interior Bruto (PIB) a precios de mercado⁴⁷.

A nivel europeo, España se encuentra entre los primeros países pioneros que lideran la promoción de la economía verde. Un estudio de la Confederación Europea de Sindicatos, en 2006, señalaba a España y Alemania como los dos países de la Unión Europea que han puesto en funcionamiento una serie de políticas y medidas abarcando todos los sectores responsables

de las emisiones de CO₂ (energía, industria manufacturera, transporte, sector terciario y doméstico). La OCDE, en 2008, indicaba que, junto a Finlandia y Dinamarca, España promovía activamente las exportaciones de bienes y servicios medioambientales y brindaba apoyo a las empresas locales para favorecer su transformación en exportadoras globales⁴⁸.

Como se desprende, de todo lo anterior, España es un país que vende economía verde. La economía verde, según el PNUMA⁴⁹, se puede bifurcar por dos caminos, por una parte, como una economía que respeta los principios verdes, preocupada por imparcialidad y justicia. Por otra, como una economía que, con cada vez mayor frecuencia, hace inversiones en tecnologías ambientales como la energía verde y en capital natural; por ejemplo, suelo productivo, bosques y recursos hídricos. De una forma u otra, las preferencias del consumidor por artículos y servicios favorables al medio ambiente, socialmente responsables, ayudarán a impulsar las decisiones con respecto a la inversión.

El Instituto Bruno Leoni ha elaborado recientemente un informe sobre el impacto de las subvenciones públicas al sector de la energía eólica y solar en Italia, tomando como referencia el estudio sobre empleos verdes realizado por la Universidad Rey Juan Carlos y los analistas del Instituto Juan de Mariana en España⁵⁰. Dicho informe demuestra que cada empleo verde que se crea en Italia destruye 6,9 puestos de trabajo en la industria del país y 4,8 en el conjunto de la economía⁵¹. El estudio toma como referencia el volumen de subvenciones verdes, estimado por el Gobierno italiano hasta 2020, en cumplimiento de la agenda impuesta por la UE para reducir la emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera. Por lo que concluye que la inyección

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ <http://www.unep.org>

⁵⁰ INSTITUTO BRUNO LEONI, *Are Green Jobs. Real Jobs? The case of Italy*, INSTITUTO BRUNO LEONI 2010.

⁵¹ <http://www.libertaddigital.com/economia/cada-empleo-verde-que-crea-italia-destruye-48-puestos-de-trabajo-1276393602/>

⁴⁷ SUSTAINLABOUR, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Sustainlabour, Madrid, 2012, pág. 7.

de ayudas públicas al sector creará entre 23.700 y 45.100 empleos en el sector eólico, y entre 26.900 y 45.900 en el fotovoltaico para 2020.

8. LAS MEDIDAS PARA IMPLEMENTAR LOS EMPLEOS VERDES EN EUROPA

Como ha podido comprobarse, se están creando empleos verdes en todo el mundo. España es uno de los países que apuesta por ello. No obstante, hay ciertos obstáculos que deben ser superados para lograr que más personas puedan trabajar en este sector sostenible en Europa. El documento Programas Empleos Verdes de la OIT señala que las inversiones y programas que promueven empleos verdes deben estar orientados hacia aquellos grupos que más lo necesiten; es decir, los jóvenes, las mujeres y los pobres.

No obstante, hay que resaltar que aquellos empleos son crucialmente importantes para superar la crisis económica. Constituyen, por tanto, una alternativa posible y eficaz para reactivar las economías y pueden contribuir a crear de manera vertiginosa una gran cantidad de empleos. Lo anterior es, a su vez, válido para las grandes inversiones necesarias para adaptarse al cambio climático.

Los empleos verdes para que cumplan este papel clave en un desarrollo sin exclusiones sociales, como ya se ha adelantado, deben ser empleos decentes que proporcionen ingresos adecuados, protección social y respeto por los derechos de los trabajadores, y que permitan a aquellos expresar su opinión en las decisiones que afectarán a sus vidas. Ahora se pasarán a estudiar las medidas necesarias para ello.

Para asegurar la calidad de los empleos verdes se requieren de las siguientes cuatro particularidades⁵²:

1) Salario adecuado: Deben recibir una remuneración satisfactoria y equitativa⁵³.

2) Accesibilidad: Deben ofrecer la oportunidad de salir de la pobreza tanto para los hombres como para las mujeres.

3) Responsabilidad: Deben garantizar el cumplimiento de las más altas normas laborales en términos contractuales, de horarios y de beneficios.

4) Participación: Deben asegurar el derecho a la representación sindical y a la negociación colectiva.

La implantación de los empleos verdes tiene «importantes implicaciones para el aprendizaje económico. Además del cambio conceptual lógico y la creación de nuevas actitudes y aptitudes en el colectivo laboral actual, son necesarios nuevos profesionales con sensibilidad y conocimientos medioambientales»⁵⁴. Por lo que es muy importante la formación para que los trabajadores puedan optar a estos puestos de trabajo. No obstante, «a pesar de los esfuerzos por incluir políticas medioambientales en la formación profesional y la progresiva introducción de diversos programas relativos al medio ambiente en el sistema de educación superior, en España no existe una estrategia nacional explícita orientada al objetivo de cubrir las necesidades de cualificación para una economía más verde»⁵⁵.

Antes de estudiar las medidas para implementar los empleos verdes, resulta conveniente plasmar el progreso que han tenido aquellos empleos hasta la fecha y el potencial futuro que vaticina la OIT y la Federación Española de Municipios y Provincias, en el que se pueden apreciar en las siguientes tablas (Progreso de los empleos verdes hasta la fecha y potencial futuro y Catálogo de yacimientos de empleo-verde).

⁵² SUSTAINLABOUR, *Las trabajadoras y los empleos verdes: empleo, equidad, igualdad*, Sustainlabour, 2009, pág. 6.

⁵³ Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Notas a la estructura del salario», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm., 44, 2016.

⁵⁴ ECOEMPLEO, *Situación y tendencias del empleo medioambiental en España*, 2008, pág. 9.

⁵⁵ SUSTAINLABOUR, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Sustainlabour, Madrid, 2012, pág. 10.

PROGRESO DE LOS EMPLEOS VERDES HASTA LA FECHA Y POTENCIAL FUTURO

		Potencial de creación de empleos verdes	Progreso de los empleos verdes hasta la fecha	Potencial de empleos verdes a largo plazo
Energía	Energía renovable	Excelente	Bueno	Excelente
	Captación y almacenamiento de carbono	Aceptable	Ninguno	Desconocido
Industria	Acero	Bueno	Aceptable	Aceptable
	Aluminio	Bueno	Aceptable	Aceptable
	Cemento	Aceptable	Aceptable	Aceptable
	Pasta y papel	Bueno	Aceptable	Bueno
	Reciclado	Excelente	Bueno	Excelente
Transporte	Automóviles con bajo consumo de combustible	Aceptable – Bueno	Limitado	Bueno
	Transporte público	Excelente	Limitado	Excelente
	Ferrocarril	Excelente	Negativo	Excelente
	Aviación	Limitado	Limitado	Limitado
Edificios	Edificios verdes	Excelente	Limitado	Excelente
	Modernización	Excelente	Limitado	Excelente
	Alumbrado	Excelente	Bueno	Excelente
	Equipo y aparatos eficientes	Excelente	Aceptable	Excelente
Agricultura	Agricultura sostenible en pequeña escala	Excelente	Negativo	Excelente
	Agricultura orgánica	Excelente	Limitado	Bueno – Excelente
	Servicios ambientales	Bueno	Limitado	Desconocido
Silvicultura	Reforestación/Forestación	Bueno	Limitado	Bueno
	Agrosilvicultura	Bueno – Excelente	Limitado	Bueno – Excelente
	Ordenación forestal sostenible	Excelente	Bueno	Excelente

Fuente: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Organización Internacional del Trabajo, Nairobi, Kenya, 2008, págs. 25 y 26.

CATÁLOGO DE YACIMIENTOS DE EMPLEO-VERDE

TRADICIONALES	NUEVOS YACIMIENTOS
	i. Tecnologías de la información y la comunicación
	ii. Ecoindustria
1. Tratamiento y depuración de aguas residuales	
2. Gestión y tratamiento de residuos Gestión de residuos urbanos Gestión de residuos peligrosos Gestión de construcción y demolición Recuperación, reciclaje y valorización de residuos (papel/cartón, vidrio, plástico, metales, aceites, vehículos fuera de uso, pilas y material metálico y electrónico)	
3. Producción de energías renovables Energía eólica Energía solar fotovoltaica Energía solar térmica Aprovechamiento energético de la biomasa Producción de biocarburantes Otro tipo de energías renovables	iii. Energías renovables
4. Gestión de espacios naturales protegidos	
5. Gestión de zonas forestales	
6. Servicios ambientales a empresas y entidades Consultoría ambiental Ingeniería ambiental Auditoría ambiental	iv. Servicios ambientales a empresas y entidades Mitigación y adaptación al cambio climático: Seguros y otros servicios relativos a riesgos ambientales Mitigación y adaptación al cambio climático: Recursos hídricos Mitigación y adaptación al cambio climático: Salud Captación y almacenamiento de carbono
7. Educación e información ambiental	
8. Agricultura y ganadería ecológica	v. Agricultura y ganadería ecológica y ambiental Agricultura sostenible en pequeña escala Agricultura orgánica Servicios ambientales a la agricultura Cultivos agroenergéticos
	vi. Rehabilitación – edificación sostenible Edificios verdes Modernización Alumbrado Equipos y aparatos eficientes
	vii. Turismo sostenible
	viii. Transporte sostenible y transformación del sector del automóvil Automóviles con bajo consumo de combustible: vehículo eléctrico e híbrido Biocarburantes Pila de combustible Transporte público
	ix. Economía de la biodiversidad Custodia del territorio Pago por servicios ambientales
	x. Silvicultura Reforestación/forestación Agrosilvicultura Ordenación forestal sostenible

Fuente: FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, *Guía para el fomento del empleo verde en los pequeños municipios españoles*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2011, pág. 22.

8.1. Incorporar a las mujeres en los empleos verdes

La OIT señala que la economía verde se presenta como una oportunidad para las mujeres de ganar su legítimo lugar en la fuerza de trabajo por medio de empleos no tradicionales mejor pagados, que se caracterizan por contar con una representación femenina de menos del 25% de la fuerza de trabajo⁵⁶.

No obstante, las mujeres podrían quedar excluidas de la economía verde por consecuencia de la segregación sexual del empleo, a la discriminación o a comportamientos basados en la tradición. A pesar de tener una Ley de Igualdad en España⁵⁷, la falta de igualdad de género disminuye el acceso de las mujeres a los empleos verdes en el sector primario, secundario y terciario. La Fundación Laboral Internacional para el Desarrollo Sostenible (Sustainlabour) espera que la mayoría de los empleos verdes emerjan en los sectores secundarios de la construcción, la industria y la producción de energía, en el que el personal femenino tiene representación significativamente baja. Las mujeres tendrían mejores oportunidades en el sector terciario, en el que la mayoría está empleada en la actualidad. Empero, los hombres tienen predominio de los empleos mejor pagados en el ámbito de la ingeniería, las finanzas y los servicios empresariales, en el que existen posibilidades de crear la mayoría de los empleos verdes del sector de servicios.

El Informe «Las trabajadoras y los empleos verdes: empleo, equidad, igualdad», de Sustainlabour, dispone que, en teoría, las mujeres pueden desempeñar trabajos verdes de todas las categorías en el sector primario, secundario y terciario de la economía. A pesar de la percepción de que la mayoría de los em-

pleos verdes incluyen trabajo pesado y de que la participación femenina se ve impedida por eso, con los sistemas de automatización se ha reducido la necesidad de la fuerza física⁵⁸.

Conjuntamente de contribuir a la creación de trabajos de tipo manual en los sectores de la agricultura, la energía y la construcción; la economía verde debería dar lugar a una variedad de oportunidades de empleo en el área administrativa y de servicios. Sin embargo, se pronostica que la mayoría de empleos verdes van a surgir en el campo de la construcción, la industria y la ingeniería; en el que la representación femenina es significativamente baja; como resultado, es posible que la economía verde involuntariamente excluya a las mujeres⁵⁹.

Aquel informe apuesta por que se aumente la proporción de aquellos empleos desempeñados por mujeres y se aseguren su calidad por medio de las siguientes medidas, que son necesarias que tanto los gobiernos como las organizaciones sindicales las ponga en práctica⁶⁰:

- a) Eliminar los impedimentos para la participación femenina en la fuerza de trabajo a través de políticas antidiscriminatorias y respetuosas de la familia.
- b) Seleccionar personal femenino para trabajos no tradicionales por medio de cupos y programas especiales.
- c) Programar formación especializada para los empleos verdes.
- d) Remunerar de manera equitativa, a través de la reducción de la segmentación laboral y las diferencias remunerativas por razón de sexo.
- e) Aumentar la sindicalización de las mujeres en sectores verdes potenciales.

⁵⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global Employment Trends for Women: Brief*, Organización Internacional del Trabajo, 2007.

⁵⁷ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

⁵⁸ SUSTAINLABOUR, *Las trabajadoras y los empleos verdes: empleo, equidad, igualdad*, Sustainlabour, 2009.

⁵⁹ En el mismo sentido, *vid.* NIETO, J., «Economía sostenible y empleos verdes en tiempos de crisis», *Revista de Ecología Política*, núm. 40, 2010, págs. 44-45.

⁶⁰ SUSTAINLABOUR, *Las trabajadoras y los empleos verdes: empleo, equidad, igualdad*, *op. cit.*, pág. 11.

Empero, se requiere implementar una combinación de estrategias tradicionales e innovadoras para que tanto las mujeres como los hombres se puedan beneficiar de la economía verde. Ello implica un cambio de paradigma que ayude a vincular la conciencia ambiental y social de la mujer con la amplia gama de trabajos que se espera que emerjan de la transición hacia una economía verde; entre ellos, el trabajo manual y los puestos técnicos. Otra medida a resaltar es la inclusión de la mujer en la mesa de las negociaciones de los convenios colectivos, quién más que ella para poder representar y defenderlas ante el diálogo con los interlocutores sociales.

Asimismo, aquel documento recomienda que «los programas de formación y aprendizaje técnico deben diseñarse con una perspectiva más sensible a las necesidades de las mujeres, por ejemplo, prestando atención a que se organicen en horarios y lugares compatibles con la función familiar, que estén adaptados a los niveles de formación y seguridad de las mujeres, y dirigidos a cubrir ‘vacíos’ de conocimiento. Para desempeñar tareas relacionadas al ecoturismo, a los recursos naturales y a la mitigación del cambio climático, las mujeres necesitan un mayor conocimiento de las ciencias ambientales. Para muchos empleos verdes en el sector de la construcción y la ingeniería necesitarán formación preprofesional, como identificación de herramientas y seguridad. Por supuesto, también hay que brindarles la formación específica de la ocupación, por ejemplo, sobre la instalación de paneles solares»⁶¹.

Hay que destacar, que el Consejo de Ministros, aprobó el 9 de octubre de 2015, el Plan para la Promoción de las Mujeres del Medio Rural (2015-2018)⁶². El objetivo general de este Plan es mejorar la inclusión socio-laboral

y la participación económica de las mujeres del medio rural⁶³. Las mujeres del medio rural resultan determinantes para su vertebración territorial y social, y son, con diferencia, el principal vector para la innovación y el emprendimiento rural. Sin embargo, en el medio rural todavía se mantienen escenarios de desigualdad entre mujeres y hombres en un grado más acusado de lo que ocurre en el medio urbano.

En el Plan se desarrollan 51 acciones concretas incardinadas en los siguientes objetivos:

a) Ayudar a visibilizar el papel de las mujeres del medio rural y difundirlo en la sociedad.

b) Favorecer las condiciones para superar las brechas en materia de empleo y emprendimiento en el medio rural.

c) Fomentar las condiciones para facilitar la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, y la corresponsabilidad en el medio rural.

d) Establecer modelos específicos de intervención en el medio rural que infieran cambios hacia una mayor igualdad entre mujeres y hombres, y que sirvan de referencia general para la acción de las administraciones públicas relacionadas con las mujeres rurales.

e) Integrar orientaciones específicas en atención a la igualdad de oportunidades de las mujeres rurales en el diseño de las políticas de fomento del medio rural.

f) Mejorar y actualizar el conocimiento sobre la situación de las mujeres del medio rural.

Entre las acciones destacables se resaltan, entre otras, las siguientes:

⁶¹ *Idem*, pág. 13.

⁶² Este documento ha sido elaborado en el marco del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de marzo de 2014, en donde está expresamente contemplada su adopción.

⁶³ <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/PromocMujeresMediorural.htm>

a) Impulsar la colaboración con entidades financieras al objeto de facilitar a las mujeres rurales una mejor capacidad de financiación de sus proyectos e iniciativas.

b) Contribuir a la creación de una plataforma *on line* de aprendizaje, demostración y excelencia, con la colaboración de las asociaciones de mujeres rurales.

c) Difundir la Ley de la Titularidad Compartida para su general conocimiento, y seguir las inscripciones en el Registro de Titularidad Compartida de explotaciones agrarias del MAGRAMA (RETICOM).

d) Fomentar campañas de información que sensibilicen a las mujeres sobre la importancia de su participación activa en las cooperativas tanto como socias como a nivel de gestión en los puestos de dirección.

e) Incorporar en las convocatorias de proyectos y subvenciones relacionados con la asignación de fondos estructurales de la UE, en el ámbito de la competencia de la Administración General del Estado, como uno de los criterios de determinación el de priorizar a las mujeres del medio rural.

f) Colaborar con las asociaciones de mujeres rurales en la difusión en la sociedad de la importancia de la actividad de las mujeres rurales.

g) Impulsar acciones singulares en materia de conciliación y corresponsabilidad, que incorporen medidas en materia de flexibilidad laboral y de servicios en pequeñas comunidades y pequeños municipios. Así como la difusión y divulgación de resultados.

h) Continuar extendiendo a los municipios rurales las infraestructuras necesarias para asegurar el acceso a la banda ancha, al objeto de garantizar la igualdad en las condiciones de acceso.

i) Desagregar por sexo toda la información referida a personas en todas las actuaciones relacionadas con el medio rural en todos

los ámbitos y, en particular, las relacionadas con la política agraria común.

Por último, hay que señalar que la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural (Ley 45/2007)⁶⁴, impulsa la creación y el mantenimiento del empleo en el medio rural, en especial para mujeres, así como a jóvenes y personas con discapacidad, y preferentemente en las zonas rurales prioritarias, a través del Programa de Desarrollo Rural Sostenible⁶⁵, que podrá contemplar medidas para las mujeres como⁶⁶:

a) El apoyo a la creación de empresas, al autoempleo y al empleo en cooperativas, singularmente en los sectores de actividad económica relacionados con el uso de nuevas tecnologías y con prácticas innovadoras en materia medioambiental.

b) El mantenimiento de puestos de trabajo en sectores productivos especialmente significativos en el medio rural y la creación de empleos en sectores emergentes.

c) El fomento de políticas activas para reducir la temporalidad del empleo en el medio rural. Los contratos territoriales de zona rural especificarán planes de mejora en lo relativo a condiciones de trabajo, estabilidad en el empleo y prevención de riesgos laborales.

d) La realización de programas de formación profesional para desempleados y programas mixtos de empleo y formación, es-

⁶⁴ BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

⁶⁵ Art. 5.1 de la Ley 45/2007: «El Programa de Desarrollo Rural Sostenible se configura como el instrumento principal para la planificación de la acción de la Administración General del Estado en relación con el medio rural, se elaborará en coordinación con las Comunidades Autónomas y de acuerdo con las previsiones establecidas en esta Ley; y concretará los objetivos y planes y actuaciones sectoriales a desarrollar por dicha Administración y los que sean concertados con las Administraciones de las Comunidades Autónomas».

⁶⁶ Vid. VELASCO PORTERO, M., «La perspectiva de género en el emprendimiento juvenil» en A.A.V.V. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 179-199.

pecialmente en servicios de proximidad y de atención a personas dependientes.

e) La formación profesional de trabajadores ocupados, de formación en capacidades empresariales y gerenciales, así como la capacitación en nuevas actividades y tecnologías.

f) El diseño de actividades para informar y formar a los habitantes del medio rural sobre la potencialidad de uso de su Patrimonio Natural y Cultural. Proponiendo iniciativas que faciliten su implicación en el turismo geológico, ecológico, minero y otros aprovechamientos culturales.

8.2. Emprendimiento verde juvenil

El emprendimiento verde, especialmente hacia lo más jóvenes, viene marcado desde las instancias internacionales; al fomentar el emprendimiento con las actividades respetuosas con el medio ambiente⁶⁷. La OIT, por ejemplo, ha puesto en pie diversos programas para promocionar el emprendimiento verde juvenil⁶⁸.

No existe consenso para encontrar el significado jurídico último de emprendimiento. A este término se le ha relacionado con «autónomo», «empresario», «inversor» y «empresario». No obstante, hay que resaltar como señala la doctrina que «aun cuando, y desde una perspectiva iuslaboral las connotaciones

forzosamente han de resultar diversas»⁶⁹. Para poder emprender se debe tener espíritu para ello.

Bajo este contexto, la Comisión de las Comunidades Europeas, publica el «Libro Verde: El espíritu empresarial en Europa», que señala que el espíritu empresarial «es la actitud y el proceso de crear una actividad económica combinando la asunción de riesgos, la creatividad y la innovación con una gestión sólida, en una organización nueva o en una ya existente»⁷⁰. Por tanto, la política de fomento del espíritu empresarial intenta mejorar la vitalidad empresarial motivando a los empresarios y dotándolos de las aptitudes necesarias. Para que las empresas se creen, se cierren, se adquieran, prosperen y sobrevivan es necesario que el entorno sea favorable.

La doctrina, no obstante, señala que «la impropiedad con que se acuña y utiliza el término ‘empresario’, –que– en ocasiones equivale, sin más, al empresario acogido por doquier en el ordenamiento laboral como sinónimo de empleador»⁷¹. No obstante, las iniciativas emprendedoras verdes se han definido como todos aquellos proyectos empresariales que contribuyen a las siguientes acciones⁷²:

- a) Descarbonizar la economía y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.
- b) Reducir el consumo de energía, materias primas y agua mediante estrategias de eco-eficiencia.

⁶⁷ Vid. AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.

⁶⁸ La Comisión Europea ha señalado que «las medidas para reducir el elevado desempleo juvenil y aumentar las tasas de empleo juvenil en momentos de restricción de los presupuestos públicos deben ser eficaces a corto plazo y sostenibles a largo plazo para enfrentarse al reto del cambio demográfico», en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de septiembre de 2010 – Juventud en Movimiento – Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea [COM(2010) 477 final – no publicada en el Diario Oficial], pág. 13.

⁶⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 28.

⁷⁰ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde: El espíritu empresarial en Europa*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2003, pág. 7.

⁷¹ SEMPERE NAVARRO, A. y FERNÁNDEZ ORRICO, J., «Emprendedores y reformas laborales», *Aranzadi Social*, núm. 8, 2013.

⁷² INSTITUTO MEDITERRÁNEO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Caracterización del emprendedor verde en España*, Instituto Mediterráneo para el Desarrollo Sostenible y la Fundación Biodiversidad, 2014, pág. 18.

c) Evitar o minimizar la generación de contaminación y fomentar la reducción, reutilización o reciclaje de residuos.

d) Poner en el mercado productos diseñados para minimizar su impacto ecológico a lo largo de su ciclo de vida (ecodiseño).

e) Poner en valor los recursos naturales de un territorio fomentando su aprovechamiento sostenible.

f) Conservar y restablecer la biodiversidad (especies, espacios y ecosistemas).

Como puede observarse, estas iniciativas tienen mucha similitud con la definición de la OIT de empleos verdes, como ya se ha analizado en este estudio.

El Informe GEM⁷³ para 2015 señala que, si bien la actividad emprendedora se materializa especialmente mediante la creación de empresas, la acción de emprender no es un evento, sino un proceso⁷⁴. Este proceso comprende la identificación, evaluación y explotación de nuevas oportunidades de negocio en el mercado. Con esta conceptualización basada en múltiples etapas, la actividad emprendedora de una economía se puede analizar a través de un conjunto de indicadores que están vinculados al proceso emprendedor; en el que se destaca, entre otros, el porcentaje de emprendedores nuevos o personas adultas que poseen un negocio que ha pagado salarios por más de 3 meses y no más de 42 meses, y que, por tanto, no se ha consolidado⁷⁵.

⁷³ El objetivo de GEM consiste en medir la actividad emprendedora, las actitudes y las aspiraciones de los individuos. A través de encuestas genera datos para obtener los indicadores que describen el proceso emprendedor y con ellos elabora informes anuales. <http://www.gem-spain.com/>

⁷⁴ Vid. ACEITUNO ACEITUNO, P., «Global Entrepreneurship Monitor (GEM): Una perspectiva desde la población juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 41-65.

⁷⁵ GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Informe GEM España 2015*, Global Entrepreneurship Monitor, Cantabria, 2016, pág. 57.

En España, se ha creado el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, que fomenta la contratación estable por parte de los emprendedores y PYMES, que suponen más del 95% del tejido productivo, conforme lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral⁷⁶. Para ello, la norma establece una serie de bonificaciones y deducciones fiscales.

Las características principales del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores son las siguientes⁷⁷: a) Se dirige a empresas que tengan menos de 50 trabajadores, b) Se formalizará por escrito, c) En función de la duración de la jornada puede ser a jornada completa y parcial, d) El período de prueba es de un año, e) Se podrá realizar hasta que la tasa de desempleo en España se sitúe por debajo del 15%, f) Contiene una serie de bonificaciones y deducciones fiscales.

En cuanto a los incentivos fiscales se destacan los siguientes:

a) La empresa tendrá derecho a una deducción de 3.000 euros de la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba de un año exigido en el contrato, por el primer trabajador contratado por la empresa menor de 30 años.

b) En el supuesto de contratar a un desempleado perceptor de prestación contributiva, se tendrá derecho a una deducción de la cuota íntegra del período impositivo correspondiente a la finalización del período de prueba de un año exigido en el contrato, del 50% del menor de los siguientes importes: 1) El importe de la prestación por desempleo que el trabajador tuviera pendiente de percibir en el momento

⁷⁶ BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

⁷⁷ Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Las medidas de apoyo al joven emprendedor y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 67-98.

de la contratación⁷⁸, 2) El importe correspondiente a doce mensualidades de la prestación por desempleo que tuviera reconocida: - El trabajador deberá haber percibido la prestación, al menos 3 meses, - El trabajador proporcionará a la empresa un certificado del Servicio Público de Empleo Estatal sobre el importe de prestación pendiente de percibir en la fecha prevista de inicio de la relación laboral, - El trabajador contratado a jornada completa podrá compatibilizar voluntariamente, junto con el salario, el 25% de la cuantía de la prestación que tuviera pendiente de percibir en el momento de la contratación.

Esta deducción se aplicará respecto de aquellos contratos realizados en el período impositivo hasta alcanzar una plantilla de 50 trabajadores y siempre que en los 12 meses siguientes al inicio de la relación laboral se produzca, respecto a cada trabajador, un incremento de la plantilla media total de la entidad en, al menos, una unidad respecto a los 12 meses anteriores.

Seguidamente, el legislador español promulga la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁷⁹, en el que considera a los emprendedores como aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en dicha norma. Sin embargo, el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁸⁰, y la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo⁸¹, utilizan tanto el término «autoempleo» como el de «emprendimiento», en el primero

de los nombrados puede que el legislador lo utilice como forma de ocupación en el trabajo por cuenta propia, y no como la iniciativa económica y a la función empresarial⁸².

Por otra parte, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización⁸³, define, por una parte, emprendedores, en el artículo 3, como aquellas personas, independientemente de su condición de persona física o jurídica, que desarrollen una actividad económica empresarial o profesional, en los términos establecidos en esta ley. Por otra, actividad emprendedora para los extranjeros, en el artículo 70, como aquella que sea de carácter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuente con un informe favorable emitido por la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica o por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones⁸⁴.

Para la valoración se tendrá en cuenta especialmente y con carácter prioritario la creación de puestos de trabajo en España. Asimismo, se tendrá en consideración las siguientes cuestiones⁸⁵:

a) El perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional, así como su implicación en el proyecto. En el supuesto de que existan varios socios, se evaluará la participación de cada uno de ellos, tanto de los

⁷⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L., «La empleabilidad juvenil: entre la flexibilidad y el emprendimiento», en AA.VV., *XXXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014. Obtenido en ÁLVAREZ CUESTA, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 56.

⁷⁹ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

⁸⁰ Vid. BUENO CAMPOS, E., «Introducción», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 17-39.

⁸¹ Vid. MALDONADO MONTOYA, J., «La actividad emprendedora de la inmigración juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 125-146.

⁷⁸ Vid. KAHALE CARRILLO, D., «Prestación por desempleo», en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, págs. 263-293.

⁷⁹ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

⁸⁰ BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2013.

⁸¹ BOE núm. 179, de 27 de julio de 2013.

que solicitan un visado o autorización como de los que no requieran el mismo.

b) El plan de negocio con mención, al menos, a los siguientes elementos:

– Descripción del proyecto: Actividad empresarial a desarrollar, fecha de inicio, localización, forma jurídica prevista de la empresa, impacto económico potencial que supone la inversión, descripción del número de puestos de trabajo que se estima que puedan crearse y sus funciones y cualificación, actividades previstas de promoción y estrategia de venta.

– Descripción del producto o servicio: La descripción será detallada e incluirá los aspectos innovadores.

– Análisis de mercado: Valoración del mercado y evolución esperada, descripción de los posibles competidores, valoración de los consumidores potenciales y análisis de oferta y demanda.

– Financiación: Inversión requerida, fuentes de financiación y plan financiero.

c) El valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión.

No solo el gobierno español, ha impulsado el emprendimiento como forma de trabajo. Por ejemplo, el Instituto Mediterráneo para el Desarrollo Sostenible y la Fundación Biodiversidad señalan algunas recomendaciones para impulsar el emprendimiento verde juvenil, a través de las siguientes recomendaciones⁸⁶:

a) Profundizar en la realización de mejoras en el régimen de incentivos y beneficios fiscales de manera que se corrijan ciertos obstáculos a la actividad emprendedora, sobre todo al inicio de la actividad; momento en el que

⁸⁶ INSTITUTO MEDITERRÁNEO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Caracterización del emprendedor verde en España*, Instituto Mediterráneo para el Desarrollo Sostenible y la Fundación Biodiversidad, 2014, págs. 128 y 129.

el emprendedor debe soportar los gastos de la actividad y aún no ha logrado llegar al umbral de rentabilidad del negocio.

b) Desarrollar medidas que permitan continuar reduciendo los tiempos medios y costes asociados a los trámites y procesos burocráticos necesarios para la creación de empresas.

c) Incentivar y promover la financiación privada en proyectos emprendedores, por un lado, en los canales tradicionales como bancos e inversores privados (business angeles, etc.). Por otro, los canales novedosos como el *crowdfunding*, conocido como el micromecenazgo⁸⁷, creando un marco legal que facilite este tipo de iniciativas⁸⁸.

d) Promover la creación de redes de emprendedores que permitan conectar tanto inversores, financiadores y promotores. Así como también el intercambio de experiencias y asesoría entre los mismos emprendedores noveles y los empresarios consolidados. Estas redes deben aprovechar, por una parte, los canales físicos existentes, como, por ejemplo, a través de las Cámaras de Comercio. Por otra, las herramientas de la web 2.0 con un uso extendido y masivo (Facebook, LinkedIn, Twitter, etc.).

⁸⁷ El *crowdfunding* es un esfuerzo colectivo de personas que juntan su dinero entre sí mediante internet con el fin de invertir y apoyar los esfuerzos iniciados por otras personas u organizaciones. El objetivo de este modelo es levantar fondos sin la necesidad de recurrir al financiamiento tradicional, sino buscar el apoyo de una multitud para llevar un proyecto a la realidad. El modelo fue ganando popularidad y se difundió de forma efectiva mediante la red al crearse cantidad de plataformas de *crowdfunding* orientadas a los distintos mercados. Existen diferentes modelos de plataformas de *crowdfunding* que pueden ser de participaciones, de préstamos, de recompensas o de donaciones. ORDANINI, A., MICELI, L., PIZZETTI, M., PARASURAMAN, A., «Crowd-funding, transforming customers into investors through innovative service platforms», *Journal of Service Management*, 22, 4, 2011, págs. 443-470.

⁸⁸ RAVASSA ESCOBAR, G., «Influencia y tendencias de las nuevas tecnologías en el emprendimiento de la generación *millennials*», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 261-285.

e) Integrar a lo largo del sistema educativo materias relacionadas con la creación de la empresa y el desarrollo del espíritu emprendedor (identificación de ideas, conceptos básicos financieros, gestión y organización empresarial, manejo del riesgo etc.).

f) Desarrollar programas de formación específicos centrados en dotar a las nuevas iniciativas empresariales verdes de herramientas de gestión y planificación empresarial, como la elaboración de planes de empresa o de negocio, definición de modelos de negocio, comunicación y marketing, formas jurídicas, elaboración de planes financieros, etc. Así como de programas específicos de aceleración que permitan la mejora, el posicionamiento, la difusión y la obtención de financiación del proyecto empresarial ya consolidado.

g) Mejorar la coherencia entre políticas de distintos ámbitos aprovechando las sinergias de las distintas estrategias públicas (ambiental, fiscal, emprendedora, tecnológica, empleo, etc.).

h) Implementar una política de compra verde en todos los niveles de la Administración Pública.

i) Promover campañas de educación y sensibilización dirigidas a consumidores ofreciendo información de productos verdes a partir de bases de datos fiables y actualizados.

j) Mejorar el acceso a los programas de asesoría a emprendedores en los entornos rurales.

Los resultados del Informe GEM para 2015 muestran que es importante reforzar las políticas y programas gubernamentales y el apoyo financiero mejorando el sistema de ayudas existente. Los resultados obtenidos muestran que ambas variables, a pesar de los esfuerzos realizados, suponen barreras a la creación de empresas. Esto puede deberse, al menos, en parte, porque la gran cantidad de organismos existentes, así como el solapamiento y descoordinación de sus actuaciones hace que la percepción por parte de los usuarios del mismo

sea que las instituciones no están haciendo lo suficiente para apoyar esa creación. Por lo que recomienda que se cree una verdadera red de apoyo al emprendimiento, que integre todas las intervenciones dirigidas a la creación de empresas, su consolidación y la promoción del espíritu empresarial. Ello mejoraría el servicio a los emprendedores y, a su vez, ofrecería grandes sinergias y mejoraría la percepción del apoyo a aquellos⁸⁹.

De acuerdo con la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016, los servicios y programas del Plan 2016 que desarrollen los Servicios Públicos de Empleo deberán dirigirse al cumplimiento de los cinco objetivos estratégicos acordados en el seno de la Conferencia Sectorial de Empleo y Asuntos Laborales del 3 de noviembre de 2015⁹⁰, en el que se destaca el de impulsar el emprendimiento como parte inseparable de la activación y recuperación del empleo.

No obstante, todos los servicios y programas de políticas activas de empleo e intermediación laboral se enmarcarán en los seis Ejes –en los que se ordenan los 29 objetivos estructurales definidos en la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016– en el que se destaca, asimismo, el Eje 5 que versa sobre el emprendimiento, a través de los siguientes objetivos: a) Formar y asesorar a emprendedores⁹¹, b) Apoyar a las iniciativas

⁸⁹ GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Informe GEM España 2015*, Global Entrepreneurship Monitor, Cantabria, 2016, pág. 158.

⁹⁰ Resolución de 22 de agosto de 2016, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de agosto de 2016, por el que se aprueba el Plan Anual de Política de Empleo para 2016, según lo establecido en el artículo 11.2 del texto refundido de la Ley de Empleo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre (BOE núm. 210, de 31 de agosto de 2016).

⁹¹ La orientación laboral juega un papel fundamental. En este sentido, «los jóvenes tienen ante sí un número cada vez mayor de opciones educativas. Deben estar en condiciones de tomar decisiones con conocimiento de causa. Deben informarse sobre los itinerarios de educación y formación, teniendo una idea clara de las oportunidades de empleo, a fin de sentar las bases para gestionar su carrera profesional. Es preciso seguir desarrollando unos servicios de orientación profesional de alta

empresariales, c) Promover el desarrollo territorial, d) Fomentar la cultura emprendedora, e) Fomentar el empleo autónomo.

En este sentido, la Estrategia de emprendimiento y empleo Joven (2013-2016) prevé, por una parte, «poner en marcha programas específicos en el ámbito rural para que los jóvenes tengan oportunidades reales de empleo o autoempleo, de tal forma que se favorezca el rejuvenecimiento de la población y se posibilite la fijación de la población en el territorio». Por otra, «impulsar por parte de los servicios públicos de empleo la identificación de nichos de empleo y oportunidades de negocio en el ámbito rural desde el enfoque de la economía sostenible, así como impulsar vías de colaboración entre las entidades representativas de los trabajadores y emprendedores en el ámbito rural con las estructuras administrativas». Con ello se trataría de evitar la despoblación del ámbito rural, lograr la recuperación del medio ambiente y el desarrollo del turismo, y facilitar el acceso al uso de los medios tecnológicos.

La Ley 45/2007, como ya se ha adelantado, impulsa la creación y el mantenimiento del empleo en el medio rural, en especial a los jóvenes, así como a las mujeres y personas con discapacidad⁹², y preferentemente en las zonas rurales prioritarias, a través del Programa de Desarrollo Rural Sostenible, que podrá contemplar el apoyo a la creación de

calidad, con una fuerte implicación de instituciones del mercado laboral y el apoyo de medidas para mejorar la imagen de sectores y profesiones con potencial de empleo», en Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 15 de septiembre de 2010 – Juventud en Movimiento – Una iniciativa destinada a impulsar el potencial de los jóvenes para lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea [COM(2010) 477 final – no publicada en el Diario Oficial], pág. 5.

⁹² ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El emprendimiento como alternativa profesional para el colectivo de las personas con discapacidad y capacidades diferentes», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017, págs. 147-177.

empresas, al autoempleo y al empleo en cooperativas, singularmente en los sectores de actividad económica relacionados con el uso de nuevas tecnologías y con prácticas innovadoras en materia medioambiental.

Finalmente, como conclusión, como ha señalado la doctrina «parece necesario [...] mejorar la coherencia e interrelación entre las distintas legislaciones de aplicación en la materia para generar sinergias entre ellas que contribuyan al impulso y mantenimiento de estas actividades productivas»⁹³. Como ha podido observarse existe un gran abanico de normas nacionales, así como de documentos internacionales, que sería deseable que hubiera una mayor claridad, y unificación de todas ellas, por parte del legislador para poder implementar con mayor garantía la apuesta por los empleos verdes, por ejemplo, en España.

8.3. Negociación colectiva

La negociación colectiva es una buena herramienta para implementar los empleos verdes. Los agentes sociales juegan un papel muy importante para negociar la implementación de dichos empleos, dado que «las organizaciones sindicales y empresariales se convierten en agentes de defensa del medio ambiente desde la trincheras desde la cual mejor cabe combatir, la de los operadores que principalmente ponen en peligro dicha sostenibilidad, los responsables de la producción y actividad económica»⁹⁴.

En España, como ya se ha dicho, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible⁹⁵, entiende por tal «un patrón de crecimiento que concilie el desarrollo económico, social y ambien-

⁹³ ÁLVAREZ CUESTA, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, op. cit., pág. 63.

⁹⁴ RIVAS VALLEJO, M., «El tratamiento del ambiente natural en el marco de las relaciones laborales», en AA.VV. (Coord. ALENZA GARCÍA, J. Dir. BARRIOS BAUDOR, G.), *Ambiente natural, empresa y relaciones laborales*, Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pág. 628.

⁹⁵ BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011.

tal en una economía productiva y competitiva, que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades». Bajo este contexto, resulta loable la Resolución de 13 de junio de 2016, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Acuerdo marco de ámbito estatal para el sector de actividades forestales⁹⁶, en el que su objetivo principal es regular las condiciones laborales de los trabajadores y las empresas del sector de actividades indicadas en su ámbito funcional, como son las actividades forestales.

Su Preámbulo dispone que aquel documento «expresa algo que va más allá de la mera regulación laboral y es, la necesidad de concluir un proceso de maduración de un sector, el forestal, que puede y debe contribuir en los años venideros a la consolidación del ‘empleo verde’ como una de las alternativas más importantes a la destrucción de puestos de trabajo causados por la crisis económica. En este sentido, las partes firmantes de este texto son conscientes de la importancia que tiene esta negociación colectiva para formalizar la mayoría de edad de un sector que tiene una importancia estratégica fundamental para el desarrollo de las zonas rurales de nuestro país».

Bajo este contexto, además de regular los derechos laborales de los trabajadores, entre otras cosas, resalta lo señalado al medio ambiente, al entender que las partes firmantes consideran necesario que las empresas actúen de forma responsable y respetuosa con el medio ambiente, prestando gran atención a su defensa y protección de acuerdo con los intereses y preocupaciones de la sociedad. «A estos efectos, el conjunto del sector forestal debe adoptar una actitud permanente, responsable y visible en materia de medio ambiente y, al mismo tiempo, conseguir que el esfuerzo que esté desarrollan-

do la industria en este campo, y el que se realice en el futuro, así como sus resultados, sean conocidos y adecuadamente valorados por la Sociedad y las Administraciones competentes conforme al preámbulo del presente Convenio».

Por ello, la doctrina afirma que «la participación sindical en las cuestiones medioambientales de interés para las empresas del sector es un aspecto clave en la concienciación social de la actividad industrial de revalorización que, como se sabe, suscita cierto recelo social»⁹⁷.

Por último, hay que destacar que la Ley 45/2007, en el artículo 40, señala la implantación de la Mesa de Asociaciones de Desarrollo Rural. Que se crea como órgano de participación, información y consulta de las entidades asociativas relacionadas con el medio rural de ámbito estatal. Su composición se determinará de manera reglamentaria, garantizándose, en todo caso, la participación de las organizaciones profesionales, empresariales, ecologistas y sindicales más representativas, vinculadas con el medio rural con implantación en todo el territorio del Estado, así como de representantes de las Redes de Desarrollo Rural.

9. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- ACEITUNO ACEITUNO, P., «Global Entrepreneurship Monitor (GEM): Una perspectiva desde la población juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- AGENCIA EUROPEA PARA LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO, *Empleos verdes y seguridad y salud en el trabajo: Estudio prospectivo sobre los ries-*

⁹⁶ BOE núm. 150, de 22 de junio de 2016.

⁹⁷ MUÑOZ RUIZ, A., «La negociación colectiva como mecanismo de impulso de la competitividad empresarial: El acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español», *Informe Laboral*, núm. 2, 2014.

- gos nuevos y emergentes asociados a las nuevas tecnologías en 2020, Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo, Bélgica, 2013.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., *Empleos verdes: una aproximación desde el Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2016.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Á., ¿A qué queremos referirnos cuando hablamos de empleos verdes?, en AA.VV. (Coord. ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.), *Cuestiones laborales de actualidad. Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Dr. Feliciano González Pérez*, Dykinson, Madrid, 2013.
- BUENO CAMPOS, E., «Introducción», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde: El espíritu empresarial en Europa*, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 2003.
- DE VINCENIIS, G., «La evolución del concepto de desarrollo sostenible», *Medio Ambiente & Derecho. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012.
- ECOEMPLEO, *Situación y tendencias del empleo medioambiental en España*, 2008.
- FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, *Guía para el fomento del empleo verde en los pequeños municipios españoles*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2011.
- FUNDACIÓN IDEAS, *Los empleos verdes en la Comunidad de Madrid: posibilidades de futuro*, Fundación Ideas, Madrid, 2011.
- GHAJ, D., «Trabajo decente. Concepto e indicadores», *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 122, núm. 2, 2003.
- GLOBAL ENTREPRENEURSHIP MONITOR, *Informe GEM España 2015*, Global Entrepreneurship Monitor, Cantabria, 2016.
- INSTITUTO BRUNO LEONI, *Are Green Jobs. Real Jobs? The case of Italy*, Instituto Bruno Leoni 2010.
- INSTITUTO MEDITERRÁNEO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE y 1a FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Caracterización del emprendedor verde en España*, Instituto Mediterráneo para el Desarrollo Sostenible y la Fundación Biodiversidad, 2014.
- KAHALE CARRILLO, D., «Prestación por desempleo», en AA.VV. (Dir. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.), *Compatibilidad de prestaciones de Seguridad Social con el Trabajo*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- «Notas a la estructura del salario», *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm., 44, 2016.
- «Las medidas de apoyo al joven emprendedor y el Sistema Nacional de Garantía Juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- MALDONADO MONTOYA, J., «La actividad emprendedora de la inmigración juvenil», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, ALIMENTACIÓN Y MEDIO AMBIENTE, *Análisis Y Prospectiva*, Serie Medio Ambiente, núm. 6, mayo, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J., «Medio ambiente de trabajo y protección de la salud: hacia una organización integral de las políticas públicas de prevención de riesgos laborales y calidad ambiental», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2009.
- MUÑOZ RUIZ, A., «La negociación colectiva como mecanismo de impulso de la competitividad empresarial: II acuerdo para el uso sostenible de los recursos, la protección del medio ambiente, la salud de las personas y la mejora de la competitividad del sector cementero español», *Informe Laboral*, núm. 2, 2014.
- NIETO, J., «Economía sostenible y empleos verdes en tiempos de crisis», *Revista de Ecología Política*, núm. 40, 2010.
- OBSERVATORIO DE LA SOSTENIBILIDAD y FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD, *Informe Empleo Verde en una Economía Sostenible*, Observatorio de la Sostenibilidad y Fundación Biodiversidad, 2010.
- OFICINA DE POLÍTICA EUROPEA DE WWF, *Empleo verde en Europa Oportunidades y perspectivas futuras*, WWF, 2009.
- ORDANINI, A., MICELI, L., PIZZETTI, M., PARASURAMAN, A., «Crowd-funding, transforming customers into investors through innovative service platforms», *Journal of Service Management*, 22, 4, 2011.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes. Hechos y Cifras*, Organización Internacional del Trabajo, Suiza, 2008.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Working Toward Sustainable Development: Opportunities for Decent Work and Social Inclusion in a Green Economy*, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007.
- *Global Employment Trends for Women: Brief*, Organización Internacional del Trabajo, 2007.

- *Trabajo Decente. Memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo*, Organización Internacional del Trabajo, 1999.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO, *Hacia el crecimiento verde. Un resumen para los diseñadores de políticas*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, París, 2011.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS y EUROSTAT, *The Environmental Goods and Services Industry: Manual for Data Collection and Analysis*, OCDE y Eurostat, París, 1999.
- PÉREZ AMORÓS, F., «Derecho del Trabajo y medio ambiente: unas notas introductorias», *Gaceta Laboral*, vol. 16, núm. 1, 2010.
- POLLIN, R.; GARRETT-PELTIER, H.; HEINTZ, J.; y SCHARBER, H., *Green recovery – A program to create good jobs and start building a low-carbon economy*, Political Economy Research Institute, 2008.
- POSCHEN, P. y RENNER, M., «Empleos verdes», *Finanzas & Desarrollo*, diciembre de 2015.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL MEDIO AMBIENTE Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Empleos verdes: Hacia el trabajo decente en un mundo sostenible y con bajas emisiones de carbono*, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y Organización Internacional del Trabajo, Nairobi, Kenya, 2008.
- RAMOS DÍAZ, J., «Economía Verde y Empleo: las potencialidades laborales de la ‘Transición Ecológica’ en España», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 34,2, 2016.
- RAVASSA ESCOBAR, G., «Influencia y tendencias de las nuevas tecnologías en el emprendimiento de la generación *millennials*», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- RIVAS VALLEJO, M., «El tratamiento del ambiente natural en el marco de las relaciones laborales», en AA.VV. (Coord. ALENZA GARCÍA, J. Dir. BARRIOS BAUDOR, G.), *Ambiente natural, empresa y relaciones laborales*, Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «La Carta Social Europea y su puesta en práctica», *Revista de Instituciones Europeas*, Vol. 5, núm. 1, 1978.
- ROJO TORRECILLA, E., «La Europa social y el mundo del trabajo», *Cuadernos Noticias Obreras*, núm. 19, 1992.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El emprendimiento como alternativa profesional para el colectivo de las personas con discapacidad y capacidades diferentes», en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- SUSTAINLABOUR, *Empleos verdes para un desarrollo sostenible. El caso español*, Sustainlabour, Madrid, 2012.
- SUSTAINLABOUR, *Las trabajadoras y los empleos verdes: empleo, equidad, igualdad*, Sustainlabour, 2009.
- VELASCO PORTERO, M., «La perspectiva de género en el emprendimiento juvenil» en AA.VV. (Dir. KAHALE CARRILLO, D.), *El emprendimiento para fomentar y promover la inclusión social y laboral de la juventud*, CEF, Madrid, 2017.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L., «La empleabilidad juvenil: entre la flexibilidad y el emprendimiento», en AA.VV., *XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Retos del Derecho del Trabajo frente al desempleo juvenil*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2014.

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

V. Recensiones y Bibliografía

Recensiones

LA FUERZA VINCULANTE DEL CONVENIO COLECTIVO. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EUROPA

MARIO DUQUE GONZÁLEZ

Thomson Reuters Aranzadi, 2018, 985 páginas
Prólogo, Juan Pablo Landa Zapirain

1. El autor, Mario Duque González, Inspector de Trabajo y Seguridad Social, vinculado a la Cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad del País Vasco, publica ahora una versión actualizada y enriquecida de la tesis doctoral que defendió en Donostia en el mes de septiembre de 2017. Se trata básicamente de un estudio de derecho comparado de los sistemas de negociación colectiva de cuatro países de la Unión Europea, siempre por el mismo orden: Reino Unido, Alemania, Francia y España. Si la obra se quedara ahí, el gran interés que desde luego tiene habría de ceder a las exigencias de esta Revista, únicamente dedicada al Derecho social internacional y comunitario, lo que, innecesario será recordarlo, poco tiene que ver en principio con el derecho comparado.

Sin embargo, el hecho de que el autor dedique toda la Parte II del libro –de las cuatro en las que éste se divide– a *la fuerza vinculante del convenio colectivo en el plano internacional* (páginas 399 a 448) cambia absolutamente las cosas y obliga a dar cuenta de un tratamiento tan relevante como escasamente analizado hasta ahora por la doctrina científica. Aclárese, que esta Parte II se encuentra fraccionada en tres capítulos, respectivamente dedicados al *Derecho Internacional* (I, pp. 399-408), a *La evolución del Derecho europeo y del Derecho*

social (II, pp. 409-420) y a la *Unión Europea y los Convenios colectivos* (III, pp. 421-448).

2. El capítulo I dedica tres apartados sucesivos a la Organización de las Naciones Unidas, a la Organización Internacional del Trabajo y al Consejo de Europa.

2.1. La Organización de las Naciones Unidas –se recuerda– se rige por la Carta de las Naciones Unidas (San Francisco, 26 de junio de 1945) y por la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948). En la Declaración se reconoce el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (art. 23, 3º). Esta regulación se completó, a mitad de la década de los sesenta (Nueva York, 19 de diciembre de 1966), con la aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyos arts. 22 y 8.1, respectivamente, reiteran el derecho de libre sindicación. En este derecho fundamental enclavará, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derivado derecho a la negociación colectiva.

2.2. La Organización Internacional de Trabajo, creada en 1919, no se preocupó de los derechos colectivos de los trabajadores hasta la Declaración de Filadelfia (10 de mayo de 1944), en la que se manifiestan como ineluctables el derecho de asociación y las acciones destinadas a lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, junto con otras formas de cooperación socioeconómica.

Con un valor práctico más acusado, se aprueba cuatro años después el Convenio nº 87 (San Francisco 9 de julio de 1948), relativo a la libertad sindical y a la protección del

derecho de sindicación, al que sigue el complementario Convenio n° 98 (Ginebra, 1 de julio de 1949), sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, en verdad dos pilares en la acción de la OIT. Convenios estos que, con el tiempo, pasarán a ser calificados, junto con otros seis de sus Convenios, como los Convenios fundamentales de la organización. Convenios estos que todo país democrático y social habrá de tener ratificados y hacer objeto de efectiva aplicación. Mucha menor importancia tiene el posterior Convenio n° 154 (Ginebra, 3 de junio de 1971), sobre fomento de la negociación colectiva.

La importancia de este bloque de Convenios sobre sindicación y negociación colectiva es innegable, lo que dista mucho de constituir una regulación legal internacional vinculante sobre el sistema de negociación colectiva, incluso para los Estados miembros de la OIT que los hayan ratificado, por ejemplo España, aunque tardíamente, los dos primeros (87 y 98) en 1977 y el tercero (154) en 1985. De ese modo, en el caso de España, dicho sea a título de ejemplo ni el título III de la ley del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores ha sido condicionado por esos Convenios, ni los derechos regulados en los mismos ha servido para limitar la medida legislativa de la última reforma, que cierra las unidades de negociación en los niveles de comunidad autónoma o inferiores una vez que se haya pactado en la unidad negociadora estatal, con posible lesión para el derecho negociador de los sindicatos autonómicos, incluso para los más representativos.

El autor reconoce en este sentido que, a diferencia de la Unión Europea, no existe en el ámbito de la OIT un derecho de huelga o a la negociación colectiva transnacional, y aunque el Convenio n° 87 sí establece el derecho a sindicarse a nivel internacional, lo cierto es que los Acuerdos Marco Globales no están apoyados por ninguna legislación nacional.

2.3. El Consejo de Europa se crea en 1949 y en su seno se aprueban, sucesivamente, el trascendental Convenio Europeo de Dere-

chos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y la Carta Social Europea que lo completa en ese particular terreno de solidaridad imprescindible (Turín, 18 de octubre de 1961).

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) dispone en su art. 11.1 que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

La Carta Social Europea (CSE) reconoce en sus arts. 5 y 6 los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, comprometiéndose a los Estados a promover, cuando sea necesario y apropiado, la maquinaria para la negociación voluntaria con la finalidad de regular los términos y condiciones de empleo por acuerdos colectivos.

De la misma manera que en el caso anterior, tampoco este bloque normativo regional europeo, ha sido tenido en cuenta, en el derecho español, por la Sala Social del Tribunal Supremo –sentencia 269/2018, de 13 de marzo–, para limitar la invasión del espacio autonómico de negociación colectiva útil, por la unidad de negociación estatal.

En todo caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha ido ampliando su acción protectora del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva, declarando que ... *«el derecho a negociar colectivamente con el empleador es uno de los elementos esenciales del derecho a formar y a afiliarse a sindicatos para la protección de sus intereses de acuerdo con el art. 11 del Convenio»* (caso Demir y Baykara v. Turquía de 2008). También ha reconocido que ... *«la huelga es un elemento esencial de la negociación colectiva, en cuanto constituye el instrumento más poderoso para defender los intereses profesionales»* (caso Hrvatski Sindikat Lijecknicki v. Croacia de 2014).

Por esta doctrina extensiva de los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga –que el autor expone dentro del estudio de sistemas nacionales concretos, en particular el del Reino Unido– el TEDU de Estrasburgo se ha convertido en la última tecla que resulta posible tocar cuando han fracasado todas las instancias nacionales, incluido el Tribunal Constitucional en el caso de que las competencias de vigilancia del respeto por los derechos constitucionales no están confiados a los tribunales ordinarios, como por ejemplo en el caso del Reino Unido.

3. El **capítulo II** asigna tres apartados a la negociación colectiva, dedicados a exponer los temas de las Comunidades Europeas ante el fenómeno de la negociación colectiva, la negociación colectiva en la Unión Europea y la evolución hacia una negociación colectiva europea.

3.1. Las Comunidades Europeas, creadas por los Tratados originarios (París 18 de abril de 1951 y Roma, 25 de marzo de 1957), no contemplaron directamente el fenómeno de la negociación colectiva entre los aspectos de su política social. Defiende el autor, empero, no sin ciertas dosis de voluntarismo, la contemplación indirecta del mismo, fundamentalmente por medio de algunas decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) con sede en Luxemburgo, en la medida en que imponían a los tribunales nacionales la evitación de las normas contrarias al derecho comunitario, debiendo entenderse que dentro de esas disposiciones contrarias de las legislaciones nacionales quedarían incluidos los convenios colectivos, proponiendo como ejemplo las sentencias de 8 de abril de 1976 (caso 43/75), 9 de marzo de 1978 (caso 106/77), 17 de junio de 1990 (caso 33/89) y 7 de febrero de 1991 (caso 184/89).

3.2. Un punto de inflexión destaca el autor, en la negociación colectiva, a partir del Acta Única Europea (Luxemburgo, 17 de febrero de 1976), al disponer una legislación armonizadora vinculada al libre comercio y a la defensa

de la competencia dentro del mercado común. El nuevo art. 118A del Tratado de la Comunidad Económica Europea (TCEE) fijaba como obligación de los Estados miembros promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores y como objetivo de la Comunidad la armonización de las legislaciones nacionales en ese ámbito, estableciendo mínimos de derecho necesario. Las Directivas que se adoptaron al respecto no exigían la unanimidad del Consejo, sino solo la mayoría cualificada. De otro lado, el nuevo art. 118B TCEE ordenaba a la Comisión esforzarse por un diálogo social entre los interlocutores a nivel europeo, redefiniéndose la finalidad del Fondo Social Europeo, que quedó vinculado a la cohesión económica y social. Mas revelador todavía fue la adopción de la llamada Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (diciembre 1989) la cual, sin carácter vinculante, contenía la recomendación de otorgar a los derechos sociales la misma importancia que a los derechos económicos, estableciéndose ya explícitamente los derechos de libre asociación, negociación colectiva, información, consulta y participación de los trabajadores, especialmente en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

El Tratado de la Unión Europea (Maastrich, 7 de febrero de 1992) sustituye la Comunidad Europea por la Unión Europea (UE), una de cuyas singularidades es la voluntad de profundizar en los derechos sociales, más allá de su vinculación a la actividad económica y del mercado comunitario, incluyendo entre sus objetivos el «progreso social», con garantía de los derechos fundamentales recogidos en la Carta de 1989, apareciendo además el importante concepto de la «ciudadanía de la UE». Junto a ello se suscribió un Protocolo Social anejo al Tratado, que podía considerarse una ampliación de la citada Carta y del que, de inmediato, se descolgó el Reino Unido. El Protocolo establecía la posibilidad de que los Estados miembros encomendaran a los interlocutores sociales la aplicación de las Directivas en materia social, lo que a juicio del autor supuso el primer reconocimiento a nivel

européico de la autonomía de la voluntad colectiva de los agentes sociales. A tal Protocolo se vincula, por tanto, la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre la constitución de un Comité de Empresa europeo y de un procedimiento de información y consulta de los trabajadores en empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

3.3. Del modo descrito se inicia la evolución hacia una negociación colectiva europea, bien que hasta el Tratado de Amsterdam (2 de octubre de 1997), el término «diálogo» se utiliza en un sentido muy amplio, excesivamente ambiguo, fuente de confusiones evidentes. Pero la novedad más importante, por lo que aquí interesa, fue la más precisa regulación de la negociación colectiva a nivel europeo, a dos escalones distintos: uno referido a la mera participación de los interlocutores sociales en el funcionamiento de las instituciones comunitarias, a través de la consulta previa por parte de la Comisión; y, otro, relativo a conceder eficacia a los acuerdos colectivos que alcanzasen los interlocutores sociales, bien a través de los procedimientos o prácticas de los Estados miembros, bien transformándolos en iniciativas normativas sobre las que decidiría el Consejo, sin posibilidad de modificación ni de aprobaciones parciales. A ello siguió la adopción de diversas Directivas relevantes, como la 99/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada y la Directiva 99/63/CE, del Consejo, de 9 de junio de 1999, relativa al Acuerdo sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar, suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea. De la misma, si no mayor importancia, fue la armonización de las legislaciones nacionales respecto de los derechos de información y consulta de los trabajadores por medio de la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo. Bien que llegados a este punto, hace bien el autor en denunciar la ausencia de cualquier tipo de articulación entre la negociación colec-

tiva a nivel europeo y la negociación colectiva de los países miembros de la UE.

En el Tratado de Niza (26 de febrero de 2001) se amplió el número de materias sociales que podían ser aprobadas simplemente por la mayoría cualificada del Consejo, abriendo el camino a un proceso de reforma institucional, lo que llevó, tras un itinerario complejo, a la aprobación del Tratado estableciendo una Constitución Europea (junio de 2004), con el objeto de simplificar la abigarrada legislación originaria, por medio de la sustitución de todos los Tratados a excepción del de la Energía Atómica o Euratom. La Constitución incluía una Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la que, bajo la rúbrica de «Solidaridad», se incluía el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa y el derecho de negociación y de acción colectivas, de manera que los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, tuvieran derecho a negociar convenios colectivos en los niveles adecuados y a emprender, en caso de conflicto, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga.

Sabido es que esa iniciativa de Constitución Europea no consiguió abrirse paso al requerir la aceptación de cada uno de los países miembros de la Unión por separado, de manera que el Consejo Europeo se vio obligado a convocar una Conferencia Intergubernamental (junio de 2007) para sustituir ese proyecto por un Tratado de Reforma de la UE, aprobándose un primer texto en Lisboa en el mes de octubre siguiente, antecedente directo del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, modificadorio de los Tratados originarios, y creador de los dos Tratados vigentes, el de la Unión Europea (TUE) y el de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), así como la equiparación a ambos, en cuanto a su valor jurídico, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

4. El Capítulo III se titula, finalmente, la Unión Europea y los Convenios colectivos, y se divide en cuatro apartados destinados respec-

tivamente a la libre circulación, libre competencia y derecho social; el desplazamiento de trabajadores y la eficacia del convenio colectivo, los casos Viking, Laval y Ruffert; la defensa de la competencia y la defensa del derecho social; y la valoración de conjunto de la UE.

4.1. La libre circulación, libre competencia y derecho social están íntimamente relacionados porque, a juicio del autor, en el ordenamiento comunitario pueden distinguirse dos planos: por un lado la construcción del mercado interior y por otro la protección de la economía de mercado. Se basa el primero en la garantía de diversas libertades que se refunden en la libertad de circulación (arts. 3 TUE y 18 a 37 y 45 a 66 TFUE), con sus múltiples efectos colaterales, desde la garantía directa del principio de no discriminación, hasta la armonización de las legislaciones nacionales en diversos ámbitos, uno de ellos el de la política social comunitaria (arts. 151 a 161 TFUE). En cuanto a la protección de la economía de mercado se sustenta en la defensa de la competencia (arts. 101 a 109 TFUE). Esta normativa de competencia se divide en la relativa a las empresas y la relativa a las ayudas otorgadas por los Estados. Actualmente se manifiesta una tensión entre la llamada «excepción de confianza legítima» y la «doctrina del efecto útil», lo que se salda con la proscripción de que las empresas, ya mediante acuerdos, ya mediante el abuso de su posición de dominio, expulsen a otras del mercado o les impidan el acceso al mismo. Con el conocido efecto de que, a salvo de excepciones, cualquier práctica anticompetitiva supone, directa o indirectamente, una restricción de la libertad de circulación.

El dumping social dentro de la UE se suprimió cuando se establecieron unos mínimos sociales comunes a todos los Estados miembros. De otro lado, como contrapeso a la ausencia de medidas antidumping, se dictó la normativa comunitaria relativa al desplazamiento de trabajadores, con decisiva incidencia en la libertad de circulación y en la regulación de la negociación colectiva a nivel nacional y a nivel comunitario.

4.2. El desplazamiento de trabajadores se rige por el Reglamento 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio y por el art. 6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las relaciones contractuales, de 19 de junio de 1980. En materia de Seguridad Social se aplica el Reglamento 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril. Para evitar, o paliar al menos, el dumping social, la Directiva 1996/71/CE, de 16 de diciembre, determina que los países miembros deben velar para que, cualquiera sea la legislación aplicable a la relación laboral, las empresas garanticen a los trabajadores desplazados en su territorio las condiciones de trabajo y empleo establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general. Es cierto que esta regulación de obligado cumplimiento se refiere solo a algunas materias –como los periodos máximos de trabajo, los mínimos de descanso, el mínimo vacacional, los salarios mínimos, etc.– definidos conforme a la legislación o el uso nacional del Estado miembro en el que el trabajador se halle desplazado. En el caso de la legislación española –Ley 45/1999, de 29 de noviembre– se suprimió toda limitación sectorial y se redefinieron las condiciones mínimas establecidas en disposiciones generales, convenios colectivos o laudos arbitrales que en todo caso han de garantizarse a los desplazados.

Dadas las profundas diferencias de los sistemas de negociación colectiva en los distintos países miembros, echa el autor en falta una normativa comunitaria armonizadora, bien distinta de la regulación de la negociación colectiva a nivel europeo, a través de la participación de los interlocutores sociales en las instituciones comunitarias, pero creadora de tantos problemas como soluciones. Uno de los más graves problemas de la negociación colectiva es la limitación de las medidas de presión ejercitables por los trabajadores, subordinando la huelga a las exigencias de la libre circulación a partir de las célebres sentencias Viking (11 de diciembre de 2007) y Laval (18 de diciembre

de 2007), lo que llevó al profesor Valdés Dal-Ré a acusar al Tribunal de Luxemburgo de haber construido una doctrina a todas luces restrictiva del ejercicio de la negociación colectiva y de la aplicación de sus resultados. Otra es la línea seguida por el Tribunal de Estrasburgo, pues a diferencia de aquél, que arranca de la libre circulación y valora la proporcionalidad de las restricciones, este Tribunal, competente para aplicar el CEDH, parte del derecho de huelga y pondera *in casu* la proporcionalidad de las restricciones a la misma.

4.3. La defensa de la competencia y la defensa del derecho social se examina por el autor a la luz de la jurisprudencia del TJUE sobre la negociación colectiva como potencial fenómeno de lesión de la libre competencia. A estos efectos selecciona las tres sentencias de 31 de septiembre de 1999 (asuntos C-67/96, C-115/97 a 117/97 acumulados y C-219/97), de las que se desprenden tres importantes conclusiones, reiteradas por las posteriores sentencias de 21 de septiembre de 2000 (asunto C-222/98) y 3 de marzo de 2011 (asunto C-437/09): 1ª) reconocimiento del derecho fundamental de libertad sindical y, por tanto, adopción sindical de medidas colectivas; 2ª) los efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores; 3ª) debido a los objetivos propios de estos acuerdos, para mejorar las condiciones de trabajo, no deben considerarse comprendidos –salvo excepciones establecidas singularmente para posibles extralimitaciones– en el ámbito de aplicación del art. 101.1 TFUE.

En todo caso, en el derecho de la competencia es imprescindible diferenciar la acción destinada a dejar sin efecto la conducta anti-competitiva y la que se dirige a reprimir, sancionar y coartar a los infractores. Hay pronunciamientos del TJUE sobre la posible nulidad de cláusulas de convenios colectivos por atentar a la libre competencia entre empresas, pero ninguno de ellos analiza la posibilidad de que los interlocutores sociales firmantes sean

sujetos pasivos de una sanción administrativa. El autor ejemplifica estas situaciones con el análisis del supuesto de las Carnes de Vacuno francesas, objeto de una Decisión de la Comisión Europea de 2 de abril de 2003, determinante en su día de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2006, en la que se resolvió que el acuerdo colectivo celebrado no contenía medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo, sino a imponer la suspensión de las importaciones de carne de vacuno y la fijación de precios mínimos para determinadas categorías de reses, lo que suponía restringir la libre competencia en el mercado único.

Más cercano a la realidad española fue el caso de las Empresas Estibadoras, relativo al IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, en el que se pretendía imponer, en todos los servicios y a todos los agentes empresariales y sociales de los puertos españoles, condiciones propias de estiba, traducidas en monopolio en el acceso de los trabajadores, determinante de una resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de 24 de septiembre de 2009, imponiendo sanciones a la patronal y a los sindicatos, sanciones luego confirmadas por las sentencias de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2010, 19 de octubre de 2011 y 5 de julio y 13 de noviembre de 2012.

Interesante también fue el caso, en nuestro país, de la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 respecto del convenio de las empresas de seguridad privada. En dicho convenio se establecía la obligación de que las nuevas empresas adjudicatarias del servicio subrogasen en su plantilla a los trabajadores de las anteriores adjudicatarias. En su Resolución, la Comisión considera que ese método contribuye a incrementar desproporcionadamente los costes laborales de la empresa que consiga hacerse con el nuevo cliente, lo que tiene como efecto desincentivar la competencia por captar otros clientes en el mercado. Con razón opina el autor que, en este caso, la Resolución de legali-

dad no cuestionada no se habría adoptado con el objetivo de reprimir una conducta anticompetitiva, sino para cuestionar indirectamente la legalidad del fondo del acuerdo, lo cual es más propio de una decisión judicial que de un procedimiento administrativo.

4.4. La valoración de conjunto sobre la negociación colectiva en la UE la calibra el autor en función de las opiniones de varios afamados laboralistas. En primer lugar se hace eco de la distinción del profesor Ojeda Avilés entre acuerdos sustitutorios, acuerdos reforzados y acuerdos transitorios, para concluir que la UE, en cuanto institución, está pendiente de reconocer el derecho de la autotutela colectiva, sustituido por el reconocimiento de un mínimo comunitario para países miembros. Seguidamente recuerda la opinión del profesor Valdés Dal-Ré, según la cual el ejercicio de la negociación colectiva puede ser limitado con vistas a la protección de los objetivos jurídicamente atribuidos a la UE, pero no los reconocidos en los sistemas de los derechos nacionales, para concluir que en la actualidad los convenios colectivos se encuentran sujetos a un doble control derivado: de una parte, de la protección de la competencia en el mercado y, de otra, del ejercicio de las libertades económicas. Cierra el autor este recopilatorio de opiniones con la del profesor Palomeque López, conforme a la cual la desconfianza sobre las recomendaciones de la Comisión Europea sobre el Pilar europeo de derechos sociales nace del escaso crédito programático que éste ofrece.

Fuera de la doctrina española reproduce el autor la tesis de K.D. Ewing, conforme a la cual el desmantelamiento de la Europa social se está produciendo desde dentro de la misma por tres fuerzas concurrentes: judicialmente, a través de la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal de Justicia Viking y Laval, a lo que se añade la crisis económica, causante de una vuelta al *tacherismo* neoli-

beral que ha ido transformando el modelo social en un modelo de mayor flexibilidad de los salarios y la desregulación de la negociación colectiva, más partidaria del nivel empresarial; y, en definitiva, la aparición de medidas de austeridad acordadas a cambio de ayudas que han propiciado una visible descentralización de los acuerdos colectivos. En base a estas fuerzas, se soporta la muy pesimista valoración del autor afirmando que la Europa social se muere y que los Tratados originarios de la UE empiezan a recordar la famosa denuncia del profesor Kahn-Freund acerca de la Constitución de Weimar ... *tópicos sin sentido no vinculantes para nadie, que no pretenden vincular a nadie...*

A mi modo de ver, una manera exagerada de poner término a un estudio de enorme interés informativo que habrá que tener en cuenta a partir de ahora para cualquier análisis del fenómeno de la negociación colectiva no solo en la Unión Europea sino en algunas de las economías punteras de Europa, como las alemana, británica y francesa, en comparación todas ellas con la española. Ese es el dato positivo que hace recomendar vivamente el trabajo de Mario Duque González, relativizando empero su pesimismo con la reciente opinión del profesor De la Villa Gil en la ponencia defendida ante la cúpula de los magistrados del orden social, en el sentido de que nunca en la historia, ni en Europa ni en España, se ha logrado un nivel de bienestar colectivo comparable con el ahora existente, pese a las fisuras y quiebras contingentes que sea posible encontrar. Lo que resumía el citado profesor con la célebre frase que un personaje del drama *Le Menteur*, de Pierre Corneille, pronunciaba en escena –y que se recuerda ahora para competir con la frase reproducida de Kahn-Freund– ... *les gentes que vos matáis, se portan bastante bien ...*

SONSOLES DE LA VILLA DE LA SERNA
Abogada

Bibliografía

ÍNDICE DE ARTÍCULOS SOBRE DERECHO SOCIAL COMUNITARIO Y DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO PUBLICADOS EN REVISTAS CIENTÍFICAS EN EL PRIMER SEMESTRE DE 2018*

MORO TELLA, R., «La doctrina ‘de Diego Porras’: origen, desarrollo y previsible desenlace de la interpretación de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea que ha puesto en cuestión el marco jurídico de la contratación temporal en España», *Actualidad Administrativa*, núm. 5, 2018.

El autor se aproxima a la problemática y dispar recepción de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14 «de Diego Porras» al derecho español). Delimita la interpretación aplicada por una parte mayoritaria de los órganos jurisdiccionales, conforme a la cual, la Sentencia equipara los efectos de la extinción de contratos temporales por concurrencia de la causa prevista en los mismos, con el despido por causas objetivas sobrevenidas, a la que asocia idénticas consecuencias indemnizatorias conforme a la Directiva 1999/70. El autor advierte que la eliminación de esta distinción se aparta de la doctrina tradicional del TJUE, que viene admitiendo diferencias en las consecuencias derivadas de la extinción de contratos de duración determinada y del despido. En este sentido, examina las conclusiones de la Abogada General del TJUE a las cuestiones prejudiciales (Asuntos

C-677/16 y C-574/16) que se alinean con aquellas tesis tradicionales, viniendo a anunciar la revisión de la doctrina mantenida en el Asunto de Diego Porras.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «El tratamiento por Naciones Unidas de los derechos de las personas con discapacidad: la Convención de Derechos», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2018.

El trabajo parte de la transformación del concepto de discapacidad que deviene un concepto social. Este cambio trae consigo múltiples consecuencias que se resumen en la transformación de las funciones de los poderes públicos y de la sociedad civil, en general, en relación con la discapacidad. Tal y como señala el autor, estamos ante una transición del modelo asistencial a un modelo de socialización de la discapacidad, que traduce los cambios en su tratamiento político, social, económico y jurídico. En este sentido, ocupa un papel protagonista Naciones Unidas, como clara impulsora de esta evolución.

ROJO TORRECILLA, E., «Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia. Estudio del caso López Ribalda y otras contra España (a propósito de la sentencia del

* Elaborada por MARAVILLAS ESPÍN SÁEZ, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de enero de 2018)», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2018.

El artículo estudia el conflicto jurídico que ha llegado hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha resuelto en sentencia de 9 de enero de 2018. El origen de la misma es el despido de varias trabajadoras por la sustracción de productos. La empresa emplea como prueba la grabación realizada mediante cámaras ocultas de vigilancia. El debate que subyace al conflicto es la validez de esta prueba. A diferencia de los tribunales españoles, que la aceptan, el TEDH la estima sólo parcialmente, declarando la vulneración del derecho a la vida privada reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Discapacidad, enfermedad y despido en la Directiva 2000/78», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2018.

El estudio muestra un análisis comprensivo del nuevo alcance y significado del concepto de discapacidad como causa de no discriminación. En particular, se examinan las consecuencias de su proyección en materia de empleo y ocupación. En este sentido, el punto de partida es la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incorpora la discapacidad como circunstancia en la que ha de respetarse tal igualdad de trato. La Directiva no sólo protege a la persona con discapacidad frente al despido con base a esta circunstancia, sino que obliga al empleador a mantenerlo en su puesto y facilitar su formación y accesibilidad al trabajo. Esta regulación ha traído, sin duda, importantes consecuencias en la jurisprudencia del TJUE, objeto de estudio sistemático por el autor en este trabajo.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «Las expulsiones colectivas de extranjeros: su tratamiento en el ordenamiento internacional y la jurisprudencia del TEDH», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2018.

dencia del TEDH», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 4, 2018.

El autor nos conduce por la compleja cuestión de las expulsiones colectivas de extranjeros. El origen del Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales sustenta la interpretación y alcance de su art. 4, que reza del siguiente tenor: «Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». En el estudio se hace un completísimo recorrido por la interpretación doctrinal de la norma y la evolución de la delimitación conceptual de la expulsión colectiva por las sucesivas resoluciones dictadas por el TEDH, finalizando esta senda con el análisis de la reciente sentencia de 3 de octubre de 2017 dictada por la Sección Tercera del TEDH con ocasión del conocimiento y resolución del asunto acumulado N.D. y N.T. c. España (demandas núms. 8675/15 y 8697/15).

GARCÍA SEDANO, T., «Las obligaciones internacionales asumidas por España tras la ratificación del Protocolo sobre Trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo», *Diario La Ley*, 1261/2018.

La entrada en vigor del Protocolo de 2014 sobre trabajo forzoso de la Organización Internacional del Trabajo el 20 de septiembre de 2018, exige la urgente adopción de medidas que garanticen el cumplimiento de las obligaciones contraídas internacionalmente. La autora examina el conjunto de compromisos que debe abordar el Estado español. Entre estas obligaciones se encuentran las de adoptar medidas eficaces para prevenir y eliminar el trabajo forzoso u obligatorio para proteger a todas las víctimas, incluidas las menores de edad y las migrantes. Asimismo, se les deberá proporcionar la protección y el acceso a las acciones jurídicas y de reparación más apropiadas y que garanticen su eficacia y finalmente, se exige la previsión de sanciones a los autores del trabajo forzoso u obligatorio en el marco de una política y un plan de acción nacionales.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., «Recepción judicial interna de los casos “de Diego Porras”, “Martínez Andrés y Castrejana López” y “Pérez López”», *Diario La Ley*, 18935/2017.

El autor muestra, en todas sus vertientes, el extraordinario impacto que la interpretación de las cláusulas 4ª y 5ª de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, llevada a cabo por el TJUE en los reconocidos casos «de Diego Porras», «Martínez Andrés y Castrejana López» y «Pérez López» ha tenido tanto en el ámbito laboral como en el contencioso-administrativo.

TORRONTEGUI AYO, N., «La incidencia de la doctrina comunitaria en la calificación del despido de trabajadores enfermos», *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2018.

La sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2016 (caso Daouidi) volvió a abrir el debate sobre la calificación que merecen los despidos de trabajadores en situación de Incapacidad Temporal. Ya la resolución del TJUE de 11 de abril de 2013 (caso Ring), que admitió una interpretación extensiva del concepto de discapacidad a efectos de la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de incluir la enfermedad dentro de su ámbito de protección fue relevante. Aun así, el cambio en la doctrina comunitaria no pareció tener incidencia a nivel nacional, pues el Tribunal Supremo y nuestros Tribunales Superiores de Justicia continuaron declarando la improcedencia de los despidos injustificados de los trabajadores enfermos. A través de este estudio, la autora evalúa el impacto de la nueva resolución en el escenario judicial español.

DESDENTADO BONETE, A., Y DESDENTADO DAROCA, E., «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Barbulescu y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018.

El artículo parte de la exposición de la situación previa al caso Barbulescu en la doc-

trina de nuestros tribunales. A partir de aquí, analiza la propia STEDH de 12 de enero de 2016 (caso Barbulescu v. Rumanía), que venía a confirmar la doctrina constitucional española y la STEDH, dictada en Sala General, de 5 de septiembre de 2017, que establecía nuevos criterios con trascendencia en nuestro sistema. Un análisis de las consecuencias de este cambio más reciente sobre el sistema español cierra el estudio de los autores.

RIVERA SÁNCHEZ, J.R., «Los fundamentos de la cláusula social en el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión europea y Canadá (CETA)», *Revista de Derecho Social*, núm. 81, enero-marzo, 2018.

Con este estudio el autor pretende aproximarse al significado y alcance de aquellos contenidos de los tratados de libre comercio que se ocupan de los aspectos laborales. Con este fin, realiza una serie de precisiones en torno a la noción de cláusula social y la influencia del «factor trabajo» en el comercio internacional. Igualmente, analiza los aspectos institucionales en el proceso de ratificación del CETA. Desde este escenario general, pasa a examinar la cláusula social del Tratado CETA, como un componente integrante de la sostenibilidad del crecimiento económico; su contenido esencial y los aspectos de libre disponibilidad de la protección laboral, con el debido respeto a los Acuerdos Internacionales; la prevención de las ventajas sociales diferenciadas, entre otras cuestiones de relevancia. Asimismo, examina la dinámica de la cláusula social en el CETA, evaluando la conservación de los niveles de protección laboral y social, así como la doble motivación de la incorporación de la cláusula social al tratado de libre comercio. Cierra su trabajo con una valoración de la aplicación efectiva de la regulación laboral vigente.

RAMOS QUINTANA, M.I., «El momento cumbre del Pilar europeo de derechos sociales», *Trabajo y Derecho*, 37/2018.

La autora examina, desde una posición crítica y comprensiva del proceso, el escenario en el que se produce la proclamación so-

lemne interinstitucional del Pilar Europeo de Derechos Sociales por la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, superando así la última fase de su recorrido hasta llegar a la sesión de la Cumbre Social celebrada en Gotemburgo el pasado 17 de noviembre de 2017. Tras el pormenorizado estudio de los contenidos del Pilar y de los factores económicos y sociales que condicionan su desarrollo, la autora recuerda el largo camino que queda por recorrer, en dirección a la recuperación de las condiciones de trabajo y de los derechos de contenido social perdidos durante los peores años de la crisis económica.

ALFONSO MELLADO, C. L., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo y despido colectivo», *Trabajo y Derecho*, 37/2018.

El trabajo gira en torno a los hechos que dieron lugar a las SSTJUE de 1 de septiembre de 2017 y al debate jurídico planteado sobre el concepto de modificación sustancial a efectos de su posible consideración como despido o extinción. Junto a esta cuestión central, se plantean otras adyacentes, pero de indubitada trascendencia jurídica, como la referida a la posible aplicación de la Directiva 98/59/CE a los trabajadores de las instituciones públicas.

JOVER RAMÍREZ, C., «La conciliación laboral y familiar en Reino Unido: una visión comparada con el sistema español (1)», *Trabajo y Derecho*, 38/2018.

En este estudio se busca analizar las medidas de conciliación en un país como Reino Unido, caracterizado por su reticencia en determinados periodos políticos a la adopción de medidas de esta índole, pues es percibido como una injerencia del poder público en el ámbito privado empresarial y, con ello, un obstáculo a la competitividad de las empresas. La autora destaca cómo el cambio en el rumbo político británico y la presión de los interlocutores sociales, ha llevado a un mayor compromiso con el llamado «work-life balance». Se subraya cómo las características del sistema británico han conducido a incidir fundamentalmente en

los derechos de presencia, de ahí el interés de compararlo con el modelo español.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., «Riesgo laboral durante la lactancia natural: disconformidad sobre la evaluación de los riesgos y carga de la prueba», *Trabajo y Derecho*, 38/2018.

La autora profundiza en el origen normativo y en la regulación de la protección de la lactancia natural a partir de la STJUE de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-531/15), en el litigio mantenido entre la Sra. Elda Otero Ramos, que prestaba servicios como enfermera en el servicio de urgencias del Centro Hospitalario Universitario de A Coruña y el Servicio Galego de Saúde y el Instituto Nacional de Seguridad Social. Así, examina cuestiones fundamentales como la evaluación incorrecta del riesgo laboral para la trabajadora lactante como causa de discriminación por razón de sexo y la carga de la prueba en estos procesos.

GOÑI SEIN, J.L., «La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional», *Trabajo y Derecho*, 40/2018.

El estudio examina la nueva doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vigilancia empresarial de las comunicaciones electrónicas del trabajador, fijada por la Gran Sala en la Sentencia de 5 de septiembre de 2017 (Asunto Barbulescu c. Rumanía). El autor subraya cómo la sentencia ha venido a reformular los límites del poder de control del empresario en términos mucho más restrictivos, utilizando como criterio de referencia los principios de protección de datos. En el trabajo se ponen de manifiesto las profundas divergencias entre la nueva doctrina y la que mantiene nuestra jurisprudencia constitucional.

OLARTE ENCABO, S., «Contrato de trabajo y esclavitud en Europa», *Trabajo y Derecho*, 40/2018.

El trabajo analiza la esclavitud contemporánea y su progresiva definición en el Derecho

Internacional. La autora pone de manifiesto el avance de esta realidad en el continente europeo, a la vez que la existencia de un rechazo más político que jurídico a reconocer su existencia. Se destaca la falta de oportunidades que ha tenido el TEDH para pronunciarse al respecto. No obstante, la SEDH de 30 de marzo de 2017, ha sido la última y más importante dictada sobre el tema y a través de ella, comparándola con la normativa de las Naciones Unidas y de la OIT, se analizan sus elementos definitorios, diferenciando la esclavitud histórica de las nuevas formas de esclavitud, en las que se observa la dificultad de deslindar cuándo una relación de trabajo en condiciones de explotación y sometimiento extremos exceden el ámbito del contrato de trabajo y constituyen tipos penales –trata con fines de explotación laboral, sometimiento a esclavitud y trabajos forzados–. Al margen de la sentencia en concreto, la autora compara ésta con otras instancias jurisdiccionales internacionales y advierte de los riesgos de que la precariedad laboral pueda llevar a prácticas en fraude de ley en las que el contrato de trabajo aparente encubra auténticas relaciones de esclavitud.

MORENO JENÉ, J., «La aplicación de la doctrina ‘de Diego Porras’ a investigadores y a profesores universitarios: ¿extensión de derechos o consolidación de carencias?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 48, 2018.

En el actual contexto de elevadas tasas de temporalidad y de precariedad laboral del colectivo de los investigadores y profesores universitarios, las posibilidades abiertas por la Sentencia del TJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto «de Diego Porras») constituyen un recurso para quienes han desarrollado su actividad en el seno de las universidades y otros centros de investigación públicos a través de alguna modalidad contractual temporal, accediendo a una indemnización cuando vean extinguida su relación laboral por expiración del tiempo convenido o por realización de la obra o servicio objeto del contrato. En el artículo se analiza cómo los tribunales de jus-

ticia están aplicando la doctrina del TJUE a la contratación de investigadores y profesores universitarios, en particular, a los investigadores contratados mediante un contrato para la realización de un proyecto de investigación y a los profesores contratados mediante el contrato de Profesor Ayudante Doctor. Igualmente, se analizan los efectos que se puedan derivar de la aplicación a estos supuestos de esta doctrina en la futura contratación de investigadores y profesores por parte de las universidades y otros centros de investigación públicos.

DE CORTÁZAR NEBRED, C., «El Brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

En este estudio el autor analiza las implicaciones del Brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social. Así, se examina las actuaciones e iniciativas de la Comisión, Consejo y Tribunal de Justicia, en relación con ciertos temas que fueron considerados esenciales por el Primer Ministro Cameron en su discurso de 28 de noviembre de 2014. Asimismo, se analiza la influencia que ha tenido el referéndum sobre el Brexit en la propuesta de la Comisión que modifica los Reglamentos 883/04 y 897/09. Se cierra el estudio evaluando la incidencia del Brexit en cómo la Unión Europea, aún sin el Reino Unido, está asumiendo posiciones que están limitando o poniendo barreras a la libre circulación de personas y de trabajadores.

ARUFE VARELA, A., «El nuevo Pilar europeo de derechos sociales. Análisis Crítico», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

El autor se aproxima a la proclamación interinstitucional sobre el Pilar europeo de derechos sociales de una forma crítica, asumiendo que la presente y persistente crisis económica global, así como sus repercusiones ideológicas y políticas en todo el mundo, han acabado erigiéndose en una amenaza grave para la propia Unión Europea.

MALDONADO MOLINA, J.A., «El Brexit en el ámbito de la coordinación de regímenes de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

En este estudio se muestra la evolución y estado de la cuestión en torno a la coordinación de los cuidados de larga duración en la Unión Europea. El autor señala cómo, pasados veinte años desde la primera sentencia del TJUE en materia de dependencia, por fin se recogen expresamente en el Reglamento de coordinación unas reglas específicas para estos cuidados de larga duración. No obstante, se subraya la falta de independencia respecto del seguro de enfermedad, salvo en el caso de las prestaciones en metálico.

BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., «Posibles efectos combinados en los desempleados de la UE de los nuevos reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social y del Brexit», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

El artículo aborda la regulación contenida en los Reglamentos de coordinación de Seguridad Social en materia de desempleo, en el marco de la actual propuesta de modificación de estos Reglamentos y los posibles efectos sobre los desempleados tras el Brexit.

ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., «La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

A pesar de la variedad en la tipología y alcance de la protección de las prestaciones familiares, el Reglamento CE 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, aplica unas reglas de coordinación comunes a todos los tipos de prestaciones familiares. La propuesta de reforma de este Reglamento considera conveniente diversifi-

car en buena medida su coordinación, identificando una categoría especial de prestaciones familiares –las prestaciones sustitutivas de ingresos durante el periodo de crianza o cuidado de un hijo, con unas específicas reglas de coordinación que tienen por objeto establecer un vínculo más estrecho entre el beneficiario de la prestación familiar y el Estado miembro competente para su reconocimiento y abono, declarando el carácter individual y personal de las prestaciones familiares vinculadas a la actividad profesional del beneficiario.

RODRÍGUEZ-DIOSDADO, P., «El derecho derivado a la asistencia sanitaria de los familiares de los trabajadores y pensionistas de la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

La autora presenta un análisis omnicompreensivo de cuál ha sido hasta el momento la situación de los familiares y causahabientes de los trabajadores y ciudadanos migrantes de la Unión, y sobre cómo se plantean las modificaciones de los Reglamentos de coordinación de la Seguridad Social respecto a estos colectivos, en particular, en cuanto a las nuevas especificaciones técnicas en caso de enfermedad y asistencia médica.

GUTIÉRREZ PÉREZ, M., «La Seguridad Social de los trabajadores fronterizos en el marco comunitario: incidencia de la reforma de los reglamentos 883/2004 y 987/2009, en la protección por desempleo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

En el artículo se aborda la cuestión de la acción protectora de los trabajadores fronterizos, a raíz de la propuesta de reforma de los Reglamentos (CE) n° 883/2004 y (CE) n° 987/2009 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. El autor parte del examen del concepto de trabajador fronterizo en el marco normativo de la UE, sin olvidar el concepto que sobre esta categoría de trabajadores recoge la normativa española, y delimitando esta figura respecto de otros colectivos de tra-

bajadores. A partir de ahí, examina las reglas o principios que permiten determinar la legislación aplicable a este colectivo en materia de Seguridad Social. Por último, se analiza la acción protectora de estos trabajadores, poniendo especial atención en la prestación por desempleo.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Los divergentes conceptos de asistencia social en el derecho de la Unión Europea y sus efectos sobre la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

Delimitar el concepto jurídico de Seguridad Social frente al de Asistencia Social ha sido, y es, una cuestión sumamente compleja dadas las profundas transformaciones que la Asistencia Social ha experimentado en las últimas décadas configurándose, actualmente, como un derecho subjetivo. Esta problemática se acentúa por lo que al Derecho de la Unión Europea se refiere ya que no es posible encontrar una definición de Asistencia Social o de Seguridad Social ni en el Derecho originario ni en el Derecho derivado. La labor de interpretar el significado de tales conceptos ha correspondido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A los efectos de los Reglamentos de coordinación de sistemas de Seguridad Social que excluyen de su ámbito de aplicación material a las prestaciones de Asistencia Social, el Tribunal ha defendido una interpretación muy restrictiva de Asistencia Social, prácticamente residual.

GUERRERO PADRÓN, T., «El derecho de residencia como factor limitativo del acceso a prestaciones de Seguridad Social», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

El presente estudio analiza, de un lado, la regulación y jurisprudencia comunitaria acerca del derecho de residencia en el contexto de la Directiva sobre libre circulación y residencia, y de otro, el contenido y alcance posible de la medida propuesta por la Comi-

sión en diciembre de 2016 de modificación del Reglamento 883/2004 sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social. El trabajo se cierra con una reflexión sobre la evidente conexión de la propuesta con el reto que propugna el Pilar Europeo de Derechos Sociales, consistente en garantizar unas prestaciones de renta mínima adecuadas a quienes carezcan de recursos suficientes para llevar a cabo un nivel de vida digno.

KAHALE CARRILLO, D.T., «El posible nuevo régimen jurídico de la Seguridad Social previsto para los trabajadores desplazados conforme a la propuesta de reforma del Reglamento 883/2004», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

Con este trabajo se pretende clarificar las normas en materia de conflicto sobre la legislación aplicable a los trabajadores desplazados y la relación entre la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; y la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»). Igualmente, se persigue examinar el eventual nuevo régimen jurídico de la Seguridad Social previsto para los trabajadores desplazados conforme a la propuesta de Reforma del Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Se pone especial atención en las diferencias entre trabajador desplazado y trabajador transfronterizo, así como en la definición de las reglas para determinar la legislación aplicable en materia de Seguridad Social.

MARRUECOS HUETE, J.C., «Un análisis crítico y contribuciones de mejora a la propuesta de reforma del mecanismo de euroasistencia mutua de recaudación ejecutiva por deuda a la Seguridad Social en la UE: Reglamentos (CE) 883/2004 y 987/2008», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49, 2018.

Con este trabajo su autor busca realizar una aportación teórica, que conlleva el análisis, evaluación y contribuciones, en relación a la propuesta de la Comisión Europea de reforma y modificación de los Reglamentos de Coordinación de Seguridad Social (CE) n.º 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, con el objeto de mejorar y reforzar la eficacia de la euroasistencia mutua o cooperación para cobrar los créditos de las cotizaciones sociales eludidas o defraudadas a las administraciones de Seguridad Social.

PENSABENE LIONTI, G., «La lucha contra el trabajo no declarado en el marco del derecho de la Unión Europea: la experiencia italiana del “voucher” entre flexibilidad y seguridad», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 205, 2018.

La autora propone un análisis crítico de la compleja materia del trabajo sumergido. Para ello, examina sus notas básicas y los efectos negativos que este fenómeno produce en el ámbito europeo. En el estudio se subrayan las insuficiencias de la norma legal, con especial atención en la legislación laboral italiana sobre los «voucher», proponiendo algunos cambios para asegurar un suelo de tutela jurídica a las actuales formas de trabajo no declarado, irregular o informal.

MORÁN BLANCO, S., «El “trabajo decente” en la UE: políticas y normas», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018.

El objeto de este artículo es analizar el Objetivo 8 de la Agenda del Desarrollo Sostenible sobre Trabajo decente y crecimiento económico en el ámbito de la Unión Europea. Se parte del concepto de trabajo decente y la calidad del trabajo en la UE para, a continuación, analizar el estado del trabajo a nivel europeo, así como los principales desafíos a los que se enfrenta: el desempleo; la precariedad y la discriminación. Finalmente, se abordan las políticas e instrumentos jurídicos aprobados por la UE para mejorar la situación de los trabajadores europeos y alcanzar el trabajo decente.

MOLL NOGUERA, R., «La negociación colectiva transnacional a nivel de empresa y los comités de empresa europeos», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 206, 2018.

El autor realiza una revisión de la bibliografía nacional e internacional acerca del papel de los comités de empresa europeos en calidad de agentes negociadores transnacionales, así como de los recientes posicionamientos de diversas instituciones de la Unión Europea al respecto. Posteriormente, analiza el cuerpo normativo internacional en materia de negociación colectiva con el fin de defender la idea de que los comités de empresa europeos pueden asumir competencias al respecto. Ya desde una perspectiva práctica, se hace un rastreo de los acuerdos de constitución de los comités de empresa europeos con sede en España buscando cláusulas referidas a la capacidad negocial. Asimismo, se procede a un chequeo de los acuerdos de constitución de los comités de empresa europeos de fuera de España pero en los que España forma parte del mismo con cláusulas similares. De esta forma se pretende mostrar la tendencia a dotar de competencias en negociación colectiva a este órgano.

Revistas Consultadas:

Actualidad Administrativa

Derecho de las Relaciones Laborales

Diario La Ley

Revista de Información Laboral
Revista de Derecho Social
Trabajo y Derecho
La Ley Unión Europea

Revista General de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social
Nueva Revista Española de Derecho del Tra-
bajo
Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES Y SEGURIDAD SOCIAL

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MTMSS

The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305

Fax number: 913632349

Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Guidelines for submitting collaborations to the MTMSS magazine

The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security (MTMSS) is published every two months and aims to present original and unpublished works in the areas of the functions assigned to the Department. In addition, it publishes special editions for emerging issues that are considered important and urgent so as to be widely known.

The opinions expressed in this magazine are the sole responsibility of the authors.

The authors grant MTMSS the operating right of the published works, which entails the rights of editing, reproduction, distribution, translation and public communication of their works, by any means or format.

- **Title.** It must be clear and concise in Spanish and English. If necessary, it may be accompanied by a subtitle.
- **Name and surname of the authors.** These must appear next to the activity, entity or company where the author develops his/her labour activity.
- **Text.** The maximum recommended length is 40 pages size DIN A4, in Word format, with a font size of 12. This length includes graphics, tables and other graphic elements.
- **Bibliography.** The corresponding references will be provided and will be placed at the end of the article.
- **Abstract.** The text of the article or collaboration will include a summary, in Spanish and English of, at least, a thousand words, describing in detail the methodology, results and conclusions thereof, as well as a list of keywords in both languages.
- **Assessment.** The articles will be evaluated by two external experts to the Department, through an open procedure. Once this evaluation is done, the result will be communicated to the author of the submitted article.
- **Ethical standards of publication.** The magazine of the Ministry of Labor, Migration and Social Security is committed to the respect and integrity of the published works and has as reference the Code of Conduct and Good Practices for editors of scientific journals that are defined by the Committee of Publication Ethics (COPE: Committee on Publication Ethics). Plagiarism is strictly prohibited and texts in which plagiarism is detected will be rejected. Authors must make sure that the submitted papers are completely original. When authors use the work and /or words of other authors, they should be duly quoted.
- **How to send the articles and contact.** The article or collaboration will be sent to the following email address: proproeditorial@mitramiss.es

Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Phone number: 913632305 Fax number: 913632349 Internet: <http://www.mitramiss.gob.es>

Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social

10 números
configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPUTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17
Fax: 91 363 23 49
Correo electrónico: sgpublic@mitramiss.es
Librería Virtual
<https://expinterweb.empleo.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: Luis Enrique de la Villa Gil • **I. ESTUDIOS:** Retrospectiva del proceso de Turfn: origen y trabajos preparatorios de la Carta Social Europea. *Luis Jimena Quesada* • La recepci3n de la Carta Social Europea en el ordenamiento espaol: aspectos jurfdicos, polfticos e institucionales (1978-2018). *Guillermo Garcfa Gonzlez* • La protecci3n de los derechos sociales a escala europea: de la confrontaci3n «presente» a la ineludible integraci3n «futura». *M^a Carmen Salcedo Beltrán* • Sinergias entre la Uni3n Europea y la Carta Social Europea, en la hora del Pilar Europeo de Derechos Sociales. *Petros Stangos* • La aplicaci3n de la Carta Social Europea a travs de la legislaci3n auton3mica. Cr3nica de una disparidad Estado-Comunidades Aut3nomas. *Darfa Terrádez Salom*, • Reformar la Constituci3n en clave (ordo)liberal. El mercado 3nico y la libre competencia como garantfa de los servicios p3blicos. *Luis Ignacio Gordillo Pérez* • Los artfculos 2 y 4 de la Carta Social Europea ante el Derecho espaol. *Luisa Teixeira Alves* • Los artfculos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho espaol. *Alberto Arufe Varela* • Tratamiento de personas, instituciones y colectivos especialmente sensibles en la Carta Social Europea (artfculos 7, 8, 16, 17 y 19) y su regulaci3n en el ordenamiento jurfdico espaol. *José Luis Salido Banús* • El cumplimiento por Espaia de los artfculos 2 y 3 del protocolo adicional de 1988 a la Carta Social Europea. *Jesús Martínez Gir3n* • Nivel de cumplimiento de la Carta Social Europea por parte del Estado Espaol, en materia de prevenci3n de riesgos laborales, salud, Seguridad Social y protecci3n social. *Jesús Barcel3 Fernádez* • Empleo, Formaci3n e Igualdad de Oportunidades en Espaia bajo el prisma de la Carta Social Europea. *Pepa Burriel Rodrfguez-Diosdado* • Reconocimiento y ejecuci3n de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en Espaia. *Guillermo Palao Moreno*.(Correcci3n de las erratas padecidas en el estudio publicado en el n3mero 132) • **II. LEGISLACI3N:** La actividad normativa de la Uni3n Europea y ap3ndice sobre la Carta Social Europea. *Yolanda Maneiro Vázquez* • **III. JURISPRUDENCIA:** Reseia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Uni3n Europea (2017) y ap3ndice sobre la Carta Social Europea. *José Marfa Miranda Boto* • **IV. DOCUMENTACI3N E INFORMES:** Balance de la actividad de la Uni3n Europea en el 3mbito del empleo y la polftica social durante 2016. *Miguel Colina Robledo* • Los empleos verdes en Europa. *Djamil Tony Kahale Carrillo* • **V. RECENSIONES Y BIBLIOGRAFIA:** • Recensiones: La fuerza vinculante del Convenio Colectivo. La negociaci3n colectiva en Europa. *Mario Duque González* • Bibliograffa: Índice de artfculos sobre Derecho Social Comunitario y Derecho Internacional del Trabajo publicados en revistas cientfficas en el primer semestre de 2018. *Maravillas Espín Sáez*

