DESAFÍOS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EUROPA: LA CARTA SOCIAL EUROPEA

Luis Jimena Quesada[1]
Mª Carmen Salcedo Beltrán[2]

Resumen

La Carta Social Europea constituye el instrumento más emblemático del Derecho social de los derechos humanos. Esta caracterización ha conllevado que se invoque directamente en los órganos judiciales, como consecuencia de las reformas legislativas adoptadas por algunos países originadas la mayoría de éstas en la situación de crisis económica, con la finalidad de exigir el respeto y garantía de los derechos que están siendo eliminados o dejándolos sin contenido. El presente trabajo evidencia la efectividad de los derechos sociales que se recogen en este Tratado internacional con algunos ejemplos, en concreto la fijación de un período de prueba en la contratación de un año o la modificación de los incrementos anuales de las pensiones, así como la necesidad de conocer la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, organismo que verifica su cumplimiento por los Estados parte, emitiendo conclusiones o decisiones de fondo**.**

Palabras clave: Carta Social Europea, Comité Europeo de Derechos Sociales, justiciabilidad, efectividad de derechos sociales

Abstract

The European Social Charter is the most emblematic instrument of the Social Human Rights Law. Such characterization has been reinforced by its direct invocation before the courts, as a result of the legislative reforms mostly adopted by some countries in the context of the economic crisis, in order to demand respect for and guarantee of the rights which are being eliminated or deprived of their substantial content. This

paper demonstrates the effectiveness of the social rights set out in that international treaty by providing some examples, in particular the setting of a one-year probation period in a contract or the modification of annual pension increases, as well as the need to know the case-law of the European Committee of Social Rights, which is the body that verifies compliance by State Parties by issuing conclusions or decisions on the merits.

Keywords: European Social Charter, European Committee of Social Rights, justiciability, effectiveness of social rights

1. Introducción: aproximación al Pacto europeo de democracia social y a sus mecanismos de garantía

La Carta Social Europea (CSE) constituye el instrumento más emblemático del *Derecho europeo de los derechos sociales* o, si se prefiere, *del Derecho social de los derechos humanos*. No por casualidad, la Carta Social de 1961 tiene su base habilitante primaria en el propio Estatuto del Consejo de Europa, en la medida en que esta organización, nacida en 1949, persigue como uno de sus fines esenciales la acción común tendente a facilitar el *"progreso económico y social"* de sus Estados miembros [Art. 1.a)] y el "mantenimiento y mayor realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (Art. 1.b).

El texto de la Carta Social de 1961 ha conocido una evolución, a través de diversas modificaciones operadas por la vía de los Protocolos. A estos efectos, conviene mencionar el Protocolo (Núm. 1) adicional de 1988 que garantiza cuatro nuevos derechos[3]; el Protocolo (Núm. 2) de enmienda de 1991 que prevé la reforma del mecanismo de control[4], y el Protocolo (Núm. 3) adicional de 1995 que establece el mecanismo de las reclamaciones colectivas. Por otra parte, la CSE revisada de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999, sustituirá progresivamente a la Carta de 1961, y por medio de esa revisión se "consolidan" en versión única los cuatro derechos introducidos por el Protocolo adicional de 1988, se amplía el catálogo de derechos y se recoge el mecanismo de reclamaciones colectivas previsto en el Protocolo de 1995.[5]

De los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, 43 han ratificado la CSE[6] (ya sea la revisada de 1996 -concretamente 33- ya sea solamente la originaria de 1961 todavía

10) y sólo 15 el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995. Lo cierto es que, a título de ejemplo, España no es una buena alumna en este sentido, pues pese a constituirse como "Estado social y democrático de Derecho" (Art. 1 de la Constitución de 1978), se sitúa en el nivel más bajo de compromiso. En concreto, ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000, pero sigue sin asumir el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento) o la CSE revisada de 1996 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000).

Semejantes asimetrías son inaceptables, porque dibuja claramente una especie de inadmisibilidad a *Europa social a variadas velocidades*. En efecto, si el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950 (actualmente modificado por 16 Protocolos) se adoptó para dotar de efectividad a algunos de los derechos consagrados por la Declaración Universal del 10 de diciembre del 1948 (básicamente, derechos civiles y políticos), la CSE vino a completar el vacío en materia de derechos sociales para hacer realidad el principio de indivisibilidad[7] y reforzar esa coherencia propugnada por la Declaración Universal.[8]

No obstante, si se comparan los dos tratados más emblemáticos del Consejo de Europa (el CEDH y el CSE), se comprobará que existen anómalas asimetrías incompatibles con el principio de indivisibilidad, tanto en el plano del reconocimiento de los derechos como en el ámbito de las garantías respectivas. En particular, aceptación del conjunto de disposiciones en el CEDH *versus* el sistema de aceptación "a la carta" en la CSE y la convivencia de la CSE de 1961 (con el Protocolo de 1988) junto a la CSE revisada de 1996; así como aceptación obligatoria del derecho de recurso individual ante el TEDH *versus* la aceptación facultativa del procedimiento de reclamaciones colectivas. Por lo demás, el Consejo de Europa, que reconoce a la CSE como un "pacto europeo de democracia social" y complemento natural del "pacto europeo de democracia política" que es el CEDH, no es consistente con tal reconocimiento porque la Organización impone la ratificación del CEDH, pero no de la CSE, para acceder a la condición de Estado miembro. Esto es contradictorio con la dimensión social de los tres pilares del propio Consejo de Europa donde Democracia, Estado de Derecho y Derechos Humanos deben

necesariamente leerse en clave de Democracia Social, Estado Social y Derechos Sociales).

El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) es la máxima instancia de garantía de la CSE. El mismo está compuesto por quince miembros independientes elegidos por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y tienen un mandato de seis años (renovable una sola vez) y es equivalente al TEDH con respecto al CEDH. En otras palabras, el CEDS asegura la interpretación "suprema" de la CSE.

El CEDS desarrolla su cometido a través de dos procedimientos de control: el de informes y el de reclamaciones colectivas. La jurisprudencia del CEDS adquiere la forma de "conclusiones" en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de "decisiones de fondo" (con forma de sentencia y eventuales votos particulares) en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento judicial contradictorio de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995. Debe recalcarse esta noción moderna de "jurisprudencia" del CEDS, es decir, de *juris-dictio* o de "decir el Derecho" contenido en la Carta Social Europea con carácter último.[9]

Más concretamente, 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 el 31 de octubre de cada año, un informe sobre un grupo temático.[10] En este sentido, el sistema de informes sigue careciendo de una importante fuerza 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, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el 2 de abril de 2014, una reforma con objeto de hacer más operativo el sistema de informes y simplificarlo

para los Estados que hayan aceptado el más expeditivo procedimiento de reclamaciones colectivas (Jimena Quesada, 2014, p. 143).

Efectivamente, el procedimiento judicial de reclamaciones colectivas (susceptibles de ser formuladas por sindicatos nacionales y organizaciones empresariales, así como por ONG internacionales con estatuto participativo en el Consejo de Europa)[11] dota de mayor visibilidad al respeto de los derechos consagrados por la Carta y, sobre todo, ha mostrado un enorme potencial de justiciabilidad y efectividad en su funcionamiento (una media de cuatro meses para pronunciarse sobre la admisibilidad y de siete meses para el fondo del asunto), previéndose asimismo la adopción de las llamadas medidas inmediatas que son similares a las medidas cautelares contempladas en el Art. 39 del Reglamento del TEDH y de las intervenciones de terceros a título de *amicus curiae*.

2. Justiciabilidad y efectividad de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales

Con las anteriores premisas, no resulta ocioso criticar que las causas "clásicas"[12] que se esgrimieron en su día para relegar la posición de los derechos sociales han quedado ampliamente superadas en la actualidad por su carácter falaz (Verdier, 1992). Con relación al "precio" de los derechos sociales, compensemos la falacia con estas preguntas: ¿Acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿Acaso no debe realizarse un informe de "factibilidad" (*ex ante* y ex *post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica, afecte a derechos cívico políticos o a derechos socio-económicos? A mayor abundamiento, los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH ponen en evidencia la cuantificación en millones de euros de la ejecución de sentencias de derechos civiles y políticos, para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa ejecución.

Por añadidura, esos mismos informes anuales ponen de manifiesto la falacia consistente en atribuir problemas de justiciabilidad y efectividad sólo a los derechos sociales. Así, en dichos informes se constata que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias del TEDH que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Sobre el particular, es posible suministrar una ilustración paradójica de "justiciabilidad sin efectividad" o de efectividad excesivamente demorada, reflejando tristemente la idea de que la justicia, si es lenta, no es justicia, a través de sentencias del TEDH de improbable o incierto cumplimiento (Informe de Ministros del Consejo de Europa, 2014), o simplemente cuya ejecución se ha prolongado más de una década (Corte de Estrasburgo, 1991).[13] Diversamente, vemos decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o han sido atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso.[14] En este contexto, es necesario no dar la espalda al dinamismo de las nociones clásicas y recapacitar para sacar partido a la técnica jurídica como instrumento adaptado a la realidad y, en última distancia, tendente a procurar la justicia social. Cabalmente, si nos obcecamos con la exclusiva idea de justiciabilidad internacional de los derechos sociales, nos podemos ver abocados a perder de vista cauces idóneos e imperativos para hacer valer su efectividad.

En esta línea, a través de la experiencia del CEDS cabe apreciar ejemplos de efectividad de sus resoluciones, que se conocen como "conclusiones" en el sistema de informes y "decisiones" en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Basta para ello con acudir a las "fichas de países" ("*Country factsheets*" *o "Fiches pays*") en la web oficial de la CSE, en las que se da cuenta de los progresos llevados a cabo en el ámbito nacional, mejorando normas y prácticas en ejecución de dichas resoluciones desde la ratificación del tratado europeo por cada Parte Contratante.

Desde esta perspectiva, sin configurar ciertamente la panacea de la protección europea de los derechos sociales y laborales, resulta interesante ilustrar el impacto de la jurisprudencia del CEDS a través de ejemplos concretos de efectividad de sus conclusiones en el sistema de informes y de sus decisiones en el procedimiento de reclamaciones colectivas.

En cuanto al sistema de informes, en el caso de España, fue en cumplimiento de las conclusiones del CEDS como la conocida LOGSE de 1990 elevó la edad de educación obligatoria de los 14 a los 16 años[15], equiparándola así a la edad mínima de 16 años de acceso al mercado de trabajo (evitándose los perjuicios para esa franja de menores entre 14 y 16 años que *de facto* trabajaban). También, como el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, extendió a las empleadas de hogar el beneficio de los permisos previstos en el Art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, incluido el de lactancia. Otra ilustración más reciente tiene que ver con las conclusiones relativas a 2013 y publicadas en enero de 2014, donde el CEDS determinó que la exclusión, salvo en casos excepcionales, de las personas extranjeras en situación irregular del derecho universal de acceso a los cuidados básicos sanitarios era contrario al Art. 11 CSE. Dicha exclusión se introdujo en reciente legislación estatal "anticrisis" que, pese a ser secundada en algunas Comunidades Autónomas, no ha sido objeto de asunción en otras.[16]

A la vista de esta resolución del CEDS, la misma significa que la normativa enjuiciada es contraria a la Carta Social y, por ende, debe ser modificada por el Gobierno o por el Parlamento; desatendida por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, incluido el personal sanitario que se vea confrontado a las situaciones controvertidas; inaplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad o anulada por el Tribunal Constitucional. No sugerimos un acto de "rebeldía" por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del Art. 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los Arts. 93 a 96 de la Constitución.[17]

Acerquémonos ahora a la justiciabilidad y efectividad de las decisiones del CEDS adoptadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas por referencia a los distintos niveles internos del poder público, sea el judicial, el ejecutivo o el legislativo):

Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del

ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación Núm. 14/2003 (caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades francesas[18], sino llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión del 7 de junio de 2006, Association Aides et autres) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación Núm. 14/2003.[19]

Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas y contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el Art. 11 de la Carta: Reclamación Núm. 45/2007 (Interights contra Croacia, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009). (Resolución CM/ResChS, 2009)[20]

Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación Núm. 48/2008 (ERRC contra Bulgaria, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial Núm. 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el Art. 13 CSE. (Anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS, 2010)

Para cerrar el presente epígrafe, resulta interesante aludir al impacto de algunas resoluciones del CEDS sobre medidas "anticrisis". De manera concreta, en el año 2012 dictó el CEDS las dos primeras decisiones que abordaron frontalmente la problemática de las medidas de austeridad y flexibilidad del mercado laboral adoptadas bajo imposición de la Troika. Se trata de las dos decisiones de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de las Reclamaciones colectivas Núm. 65/2011 y Núm. 66/2011, ambas contra Grecia y formuladas por los sindicatos griegos: la *Federación General*

de Empleados de las compañías públicas de electricidad y la *Confederación de sindicatos de funcionarios públicos*.

En la primera decisión (Reclamación Núm. 65/2011), el CEDS concluyó que se había producido una violación del Art. 4.4 CSE, por cuanto la ley nacional que autorizaba el despido sin preaviso ni indemnización a los asalariados con contrato de duración indefinida durante un período inicial de doce meses es incompatible con dicha disposición de la Carta. En la segunda decisión (Reclamación Núm. 66/2011), el CEDS llegó a la conclusión de violación de diversas disposiciones de la Carta Social (Arts. 4.4, 7.7, 10.2 y 12.3), al enjuiciar las disposiciones restrictivas sobre vacaciones anuales, sistemas de aprendizaje y formación, y cobertura de la seguridad social en los llamados "contratos de aprendizaje especiales" para asalariados de entre 15 a 18 años, así como las disposiciones referentes a la irrisoria remuneración (un pequeño porcentaje del salario mínimo nacional) susceptible de ser percibida por los asalariados recién incorporados al mercado laboral menores de 25 años.

Lo interesante de ambas decisiones es que el CEDS ha establecido una especie de ponderación de las medidas de flexibilización con la salvaguardia prioritaria de la dignidad de los trabajadores y trabajadoras. Ambas decisiones y las cinco del 7 de diciembre de 2012, sobre la drástica reducción de pensiones en Grecia,[21] han gozado de cierta aplicación por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales y atención por la doctrina (Alfonso Mellado, Jimena Quesada y Salcedo Beltrán, 2014, p. 300), así como gran eco mediático *(Le Figaro*, 2012, 19 de octubre)[22], en la medida en que el Gobierno griego incidía en el argumento de haber adoptado dichas medidas por imposición de la Troika. Lo cual suscita las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la UE. De todo ello nos ocupamos a continuación al acometer críticamente la reciente reforma laboral en España.

3. La CSE en España: reforma laboral y la aplicabilidad directa de la normativa internacional

3.1. El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: vulneración del Art. 4.4 de la Carta Social Europea

Como se ha apuntado brevemente en el apartado anterior, algunas de las decisiones de fondo del CEDS han sido aplicadas directamente por los órganos judiciales españoles tras haber adoptado modificaciones de la normativa, siendo un ejemplo de su efectividad como instrumento de garantía supranacional de los derechos sociales con un estándar de protección más elevado que el nacional. En concreto, haremos referencia a las efectuadas en materia de período de prueba de la contratación laboral y a las relativas al incremento anual de las pensiones, apuntando que no son las únicas puesto que recientemente esa consideración también ha tenido su reflejo en una nueva materia, particularmente la caracterización del tiempo de disponibilidad, sin presencia en el centro de trabajo, a servicio del empresario, en cuanto a su no asimilación al tiempo de descanso, en la sentencia del Juzgado de lo social de Barcelona Núm. 3 de 27 de octubre de 2015 (Núm. 321/2015), en aplicación del Art. 2.1 de la CSE, de la Decisión de fondo CGT contra Francia del 23 de junio de 2010 (Reclamación Núm. 55/2009) y de las Conclusiones XX-3 (2014), dirigidas a España.

Por lo que se refiere a la primera, una de las novedades que se incluyeron con la reforma laboral aprobada en el RDL 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral,* consistió en la creación de una nueva modalidad contractual denominada “contrato de apoyo a emprendedores”. Éste es un contrato indefinido que puede concertarse a tiempo completo o parcial. Con carácter general, el régimen jurídico que se le aplica es el de los contratos regulados en el 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 (ET) y en los convenios colectivos, con la única excepción de la duración del periodo de prueba, siendo éste el aspecto más polémico al establecer que será “de un año”, con independencia del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y de la capacitación previa que tenga el trabajador (Salcedo Beltrán, 2013).[23]

La amplia respuesta negativa que supuso su aprobación provocó que, en la convalidación del RDL 3/2012 realizada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se incluyera una Disposición adicional novena por la que se determinó que sólo podrá utilizarse "(…) hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento", estando en el 21,18 % (datos del tercer trimestre de 2015). La realización de esta mínima modificación llevó a que se impugnara ante los órganos jurisdiccionales nacionales y las instancias internacionales.

Así, en primer lugar, están los recursos de inconstitucionalidad interpuestos al Tribunal Constitucional, habiéndose resuelto en las sentencias 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio, que lo ha considerado constitucional, si bien los votos particulares emitidos a las mismas por varios magistrados evidencian que no ha sido una cuestión pacífica e incluso en la última el Ministerio Fiscal se pronuncia en contra.

En segundo lugar, por un lado, las reclamaciones presentadas a la OIT por los sindicatos mayoritarios Unión General de Trabajadores (UGT) y Comisiones Obreras (CCOO), planteándose una de éstas contra el período de prueba de este contrato por violación de derechos de los trabajadores protegidos en el Convenio Núm. 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. Sobre el particular, el 13 de junio de 2014 el Consejo de Administración de este organismo aprobó el informe emitido por el Comité tripartito encargado al efecto, resolviendo de forma que se podría calificar de neutral o relativa, al señalar simplemente que, dado que el Art. 2.2 b) de esa norma "(…) no contiene una definición de "período de prueba" o de lo que debe entenderse por duración "razonable"" y que " (…) permite la exclusión de la totalidad o de alguna de sus disposiciones a ciertas categorías de trabajadores", considera que "(…) no dispone de fundamentos suficientes para considerar si la extensión de un año de la exclusión del campo de aplicación del Convenio pueda ser considerada como razonable, más aún cuando dicha extensión no ha sido el resultado de la concertación social y que la exclusión se ha introducido de manera general en dicha modalidad contractual".

En consecuencia, se limita simplemente a invitar al Gobierno español "(…) a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de

apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio" (ILO 321.ª Reunión, Documento GB.321/INS/9/4, 2015). En tercer lugar, están las alegaciones presentadas al CEDS por las organizaciones aludidas al Informe 26e elaborado por el Gobierno, del que se emitieron las Conclusiones en diciembre de 2014, acogiendo gran parte de sus reivindicaciones y, en concreto, la relativa al periodo de prueba.

Ninguna de estas actuaciones ha provocado que el Gobierno lo suprima. De hecho, lejos de suprimirlo, a la hora de aprobar el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, éste amplió la posibilidad de celebrarlo a jornada parcial, que hasta ese momento no era posible.

Con ello, la pretendida estabilidad con la que se promocionaba este contrato con su carácter indefinido, una vez realizado su estudio, se ha quedado en el plano teórico, ya que la gran mayoría se resuelven durante el primer año, resultando muy atractiva la prerrogativa otorgada del período de prueba, con independencia de que se pierdan los beneficios y/o incentivos asociados al mismo, que están supeditados al mantenimiento, por un lado, de la relación laboral durante al menos tres años desde la fecha de inicio y, por otro lado, del nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores durante, al menos, un año desde su celebración, según dispuesto en el Art. 4.7 Ley 3/2012.

Finalmente, y como era de esperar, los juzgados y tribunales ordinarios españoles se han tenido que pronunciar sobre el establecimiento de ese período de prueba al haberse producido resoluciones contractuales durante el mismo. En estos momentos, varias son las sentencias que se han pronunciado en las diferentes instancias judiciales, deteniéndonos en las de los juzgados de lo social (primera instancia en España) puesto que, por el momento, son las que han aplicado la CSE y la jurisprudencia del CEDS en materia de contrato a emprendedores. En concreto son la sentencia del Juzgado de

lo Social de Barcelona Núm. 2 de 19 de noviembre de 2013 (Núm. 421/2013) trascendental al sentenciar, por primera vez, en este sentido, dejando sin efectos la normativa nacional frente al Art. 4.4 de la CSE, interpretación que ha sido continuada en las sentencias también de los juzgados de los social de Tarragona Núm. 1 de 2 de abril de 2014 (Núm. 179/2014), Mataró Núm. 1 de 29 de abril de 2014 (Núm. 144/2014), Barcelona Núm. 3 y Núm. 19 de 5 y 17 de noviembre de 2014, Toledo Núm. 1 de 27 de noviembre de 2014 (Núm. 536/2014), Las Palmas de Gran Canaria Núm. 9 de 31 de marzo de 2015 (Núm. 705/2014), Toledo Núm. 2 de 9 de abril de 2015 (Núm. 202/2015) y Las Palmas de Gran Canaria Núm. 1 de 11 de mayo y 3 de junio de 2015 (Núm. 74/2015 y 816/2014).

Todas las sentencias tienen su origen en la Reclamación Núm. 65/2011 que interpusieron la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY) contra Grecia tras adoptar la Ley 3899/2010, de 17 de diciembre, en la que el Art. 17.5 a), que amplió el período de prueba de dos a doce meses para todos los trabajadores sin excepción, sin disposiciones especiales según su especialización y la especificación del trabajo para el que son contratados, durante el que la empresa tiene derecho a rescindir la relación laboral sin aviso previo y sin que el trabajador tenga derecho a percibir indemnización alguna, salvo que se haya pactado en contrario por las partes contratantes.

La decisión de fondo del CEDS, una vez examinada la norma griega sometida a impugnación, es unánime calificando que el Art. 17.5 de la Ley 3899/2010 violó el Art. 4.4 de la CSE. Esta resolución fue fundamentada en principio, con los argumentos generales que a continuación se transcriben:

> 1. Todos los trabajadores tienen derecho a la protección de sus derechos, que comprende disponer de un plazo de preaviso razonable en el caso de que concluya su relación laboral. Como no es posible especificar un concepto general de qué debe entenderse por *razonable*, se tendrá que analizar caso por caso, teniendo en cuenta el tiempo que se lleva prestando servicios.
>
> 2. La finalidad del plazo de preaviso es la de proporcionar al trabajador la posibilidad de ir

> buscando otro empleo sin que haya perdido aún el anterior, admitiéndose que se le indemnice en el supuesto de que no se cumpla.
>
> 3. Únicamente es legítimo el despido inmediato en caso de falta grave del trabajador.
>
> 4. El CEDS no se había pronunciado hasta ahora sobre la duración específica de un período de prueba. Ahora bien, a grandes rasgos la doctrina emitida lo consideraba admisible siempre que su objetivo sea que el empresario pueda verificar la cualificación del trabajador y la adaptación del mismo a las exigencias del puesto que va a ocupar. Por ello, su marco jurídico no puede permitir que la duración sea muy larga de manera que se prive al trabajador de los derechos que tiene atribuidos en materia de preaviso e indemnización.

Trasladados a la concreta regulación aprobada por el Gobierno griego, se determinó que se vulneraba el Art. 4.4 de la CSE. Por un lado, por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo. Por otro lado, por la fijación de una duración tan amplia, no caracterizándola de razonable porque proporciona al empresario la capacidad para celebrar, de forma encubierta, un contrato temporal sin tener que fundamentarlo en una causa, permitiendo que se pueda dar finalizado sin observar ninguna formalidad durante el primer año. Claramente se deduce que esa duración no responde a la naturaleza jurídica de la institución del período de prueba, desnaturalizando su régimen jurídico y finalidad.

Con esta interpretación, los jueces españoles de los pronunciamientos señalados a los que se les ha planteado la misma situación, han entrado a valorarla afirmando que el litigio principal es "*idéntico*" al que resolvió el CEDS, lo que conlleva la lógica consecuencia de que resuelva en los mismos términos y determine que el Art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el Art. 4.4 la CSE "(…) pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender como razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de esta litis, como señala el Comité (…)" de forma que los

requerimientos de los puestos de trabajo que han enjuiciado no requieren de un año para que el empleador evalúe las capacidades de los trabajadores.

A ello han añadido, lo que ya había avanzado la doctrina y el propio CEDS, en el sentido de que este tipo de período de prueba es en realidad un contrato temporal de un año que se formaliza sin causa, "(…) contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin previo aviso ni indemnización, se excluye la aplicación del Art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal (…)". En nuestra opinión, las sentencias que han resuelto en este sentido son correctas y ajustadas a derecho desde el momento en que aplican el principio que rige el sistema de fuentes, es decir, la jerarquía normativa entre una norma internacional más protectora que la nacional.

La Constitución Española recoge el compromiso adoptado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, ratificada por España el 2 de mayo del 1972 que tiene su reflejo en los Arts. 10.2 y 96 de la Carta Magna. Allí se reconoce expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce "(…) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Esto se complementa con la referencia a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, que, concreta y desarrolla los preceptos constitucionales con referencias en las que la aplicabilidad directa de la normativa internacional está fuera de toda duda, como el Art. 30 relativo a la observancia[24] y el Art. 31, sobre prevalencia de los Tratados.[25]

Con ello se alude al control de convencionalidad, que lo delimitamos 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 (Jimena Quesada, 2013, pp.23-24). La CSE de 1961 está ratificada por España y, por ello, se debe cumplir el mandato constitucional. En consecuencia, como determinan los fundamentos de las sentencias su "(…) aplicabilidad (…) es incuestionable", y en el caso de no hacerlo estarían incumpliendo, además del precepto aludido, los principios de legalidad y de jerarquía normativa que el mismo texto recoge en el Art. 9.3 en cuanto a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno.

No impiden esa aplicabilidad la caracterización de constitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional en las tres sentencias que se han referenciado anteriormente, puesto que se debe diferenciar de la legalidad de una norma y esa misma institución desde hace tiempo ha precisado que no son "parámetro de constitucionalidad las disposiciones contenidas en un tratado internacional"[26] (Jimena Quesada, 2007, pp. 419-420). Por ello, es fundamental la distinción entre el control de constitucionalidad y el control de legalidad de una norma. Con el primero se pretende determinar la adecuación a la Carta Magna de una norma interna, estando encomendado en exclusiva, al Tribunal Constitucional, existiendo numerosa jurisprudencia en este sentido que es tajante al determinar que "no corresponde a la Jurisdicción ordinaria declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, para hacer prevalecer el principio de primacía constitucional, sino que (…) en caso de contradicción con la Constitución su invalidación, se encomienda en exclusiva al Tribunal Constitucional, debiendo colaborar los Jueces y Magistrados a esta función cuestionando expresamente aquellas leyes que consideren contrarias a la norma fundamental, pero sin que puedan proceder a su inaplicación".[27]

En resumen, se distingue entre la constitucionalidad de una norma y su legalidad, para determinar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la primera, pero no en cuanto a la segunda, que es la que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales ordinarios, y es en ese plano en el que entra la CSE y debe aplicarla como parámetro de garantía superior. Como ha apuntado la doctrina, el Tribunal Constitucional no es el último intérprete sino la jurisdicción ordinaria, que debe erigirse en la principal garante del respeto de las normas internacionales (Molina Navarrete, 2014, p.

187), sirviendo cada uno de estos pronunciamientos para demostrar a los numerosos escépticos existentes, sobre todo en segunda instancia, que esta interpretación no sólo es posible, sino que es la que exige la legalidad y la Constitución Española, superando la visión de conflicto entre instancias, que no existe, sino de complementariedad, en la que los mínimos a observar son diferentes, aceptando esta realidad y que la norma interna debe ceder frente a la CSE que es más protectora.

Se han de superar esos temores, no se trata de enfrentarse al TC, y a sus más que cuestionables recientes sentencias, y resolver aplicando la legalidad estricta, según el principio *iura novit curia*, que obliga a los jueces y tribunales a la aplicación directa de toda la normativa que forma parte del ordenamiento jurídico, incluidos los Tratados internacionales y la interpretación que realicen sus órganos de garantía, si su contenido e interpretación lo permiten.

Lamentablemente, esa perspectiva e interpretación jurisprudencial analizada no está encontrando reflejo en toda la primera instancia ni, de momento, en la segunda instancia, considerando que el criterio de constitucionalidad de la norma es el que debe primar. En concreto, no han considerado aplicable la CSE las sentencias de los juzgados de lo social de Madrid Núm. 19 de 28 de marzo de 2014 (Núm. 154/2014) o Valencia Núm. 5 de 4 de junio de 2015 (Núm. 235/2015), ni las de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) de Cataluña 2 de diciembre de 2014 (Rec. 5253/2014) y 10 de marzo de 2015 (Rec. 7353/2014), Castilla y León/Valladolid de 25 de marzo (Rec. 60/2015) y 22 de abril de 2015 (Rec. 164/2015) o Galicia de 8 de julio de 2015 (Rec. 1844/2015). Ahora bien, se avanza puesto que, si bien se contaba únicamente con votos particulares redactados en "autos" de cuestiones de constitucionalidad, recientemente se ha emitido una "sentencia" muy importante con un voto particular suscrito por ocho magistrados.[28]

Los fundamentos que éstas han utilizado son la mayoría los explicados anteriormente, reflejo de la confusión y/o del erróneo o nulo conocimiento del tratado. Merece detenerse brevemente en alguno de ellos, por su incoherencia, como que la materia del período de prueba de un año no tiene nada que ver con el Art. 4.4 de la CSE, cuando una simple lectura de la decisión de fondo citada así expresamente lo señala, que "(…) todos los derechos, incluidos los no aceptados, deben

considerarse principios o aspiraciones de política pública que los estados parte tratarán de alcanzar en un futuro no demasiado lejano") o que de la Parte II de la CSE, después de decir que la Parte I es "claramente programática, (…) se desprenden claramente compromisos y obligaciones internacionales que los Estados "quieren (no deben asumir) y una vez asumidas se imponen una serie de medidas internas para hacer efectivos dichos compromisos, es decir, la CSE no establece reglas de derecho que deban aplicarse a los particulares, sino que sólo obliga a los Estados a legislar en un determinado sentido", salvando el tenor del Anexo a la CSE e interpretándolo en el sentido de que "las disposiciones de la Carta, en principio, no constituyen sino obligaciones internacionales, las cuales dada 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 particulares [imposibilidad de self-executing]".

A nuestro modo de ver, no debe haber ninguna duda de que la CSE tiene que ser objeto de aplicación por los órganos jurisdiccionales ordinarios, de forma prioritaria en caso de que proporcione una protección superior a la norma ordinaria, con independencia de su examen por el TC. La propia CSE en el Art. 32 (H de la versión revisada) literalmente dispone 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". De la misma manera, se ha de entender a la inversa, es decir, si la norma interna otorga una protección frente a la internacional, debe ceder ante la existencia del compromiso adquirido por el Estado.

Es así como la suscripción por un país de un Tratado internacional evidencia su compromiso real con los derechos y con sus garantías supranacionales y que los derechos sociales de los trabajadores han de ser garantizados en todo momento (Deliyanni-Dimitrakou, 2013, p. 461), no siendo admisibles restricciones a los mismos con fundamento en la crisis económica o la existencia de mandatos de otras instituciones, sean supranacionales o no, siendo criticable que la UE esté actuando obviando el reconocimiento y garantía de los mismos.

3.2. El incremento de las pensiones: vulneración del Art. 12.3 de la Carta Social Europea

Al igual que en la materia analizada en el apartado anterior, la efectividad de la CSE se ha evidenciado en cuanto a la modificación del incremento de las pensiones que adoptó el Gobierno español en el RDL 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del sistema de la Seguridad Social. Con su aprobación se dejó sin efecto la actualización de las pensiones tal y como se estaba realizando hasta ese momento, vinculada al índice de precios al consumo (IPC), con el fin de asegurar el poder adquisitivo, determinando que, en su lugar, el incremento sería sólo del 1%.

Considerando que esa medida vulneraba la CSE, se recurrió a los tribunales para impugnarla, invocando el Art. 12.3, ratificado por España, que determina el compromiso de las Partes de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social, que incluye el compromiso de las partes de esforzarse "por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social". Como complemento a ese precepto se fundamentó la pretensión en las decisiones de fondo del CEDS de 7 de diciembre de 2012, que tienen su origen en las Reclamaciones Núm. 76, 77, 78, 79 y 80 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 contra Grecia (ADEDY) contra Grecia, por haber realizado toda una serie de reformas que afectaron de forma relevante al colectivo de los pensionistas.

El CEDS resolvió que las medidas vulneraban el Art. 12.3 de la CSE porque "el efecto acumulativo de las restricciones (…) está destinado a provocar una degradación significativa del nivel de vida y de las condiciones de vida de muchas de las personas afectadas", empobreciendo de forma considerable a la mayoría de la población, no pudiendo valorar, para resolver en sentido contrario, la situación de crisis económica que tiene el país o que su origen está en las obligaciones dictadas por la *troika*, puesto que debería haber realizado estudios e investigaciones en los que se deliberara la posibilidad

de adoptar otras medidas menos costosas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad.

En resumen, el CEDS declaró que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos para eludir los compromisos asumidos en virtud de la CSE, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno. En particular, expresa que el Art. 12 CSE referido al derecho a la seguridad social está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Razona por ello que, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada.

Asimismo, el CEDS razonó en esas decisiones de fondo que "incluso cuando razones relativas a la situación económica de un Estado Parte hacen imposible para un estado mantener su sistema de seguridad social, en el nivel que había alcanzado previamente, es necesario, en virtud de los requisitos del Art. 12.3 para ese Estado Parte mantener el sistema de seguridad social en un estado satisfactorio que tome en cuenta las expectativas legítimas de los beneficiarios del sistema y el derecho de todas las personas al disfrute efectivo del derecho a la seguridad social". Añadiendo que existe un auténtico compromiso de los Estados Partes de "esforzarse por elevar progresivamente el sistema de la seguridad social a un nivel superior".

Esta doctrina es la que se ha invocado en las demandas de los pensionistas españoles y que ha tenido favorable acogida en las sentencias del Juzgado de lo social de Barcelona Núm. 12 de 4, 5 y 7 de septiembre de 2015 (Rec. 220/2014, Rec. 481/2013 y Núm. 291/2015)[29], que entienden que la norma que desvincula el incremento de las pensiones al IPC atenta claramente el Tratado internacional y la interpretación efectuada por el CEDS, por lo que reconocen el derecho a los demandantes, utilizando como argumentos los mismos señalados en el apartado anterior, es decir, la aplicación del control de legalidad/convencionalidad y el cumplimiento de los preceptos constitucionales que lo reconocen, con independencia de la constitucionalidad determinada en las sentencias 49/2015, de 5 de marzo (Rec. 1114/2013) y 95/2015, de 14 de mayo (Rec. 7434/2013).

4. Presente y futuro de la Carta Social Europea: "Proceso de Turín" y "Documento de Bruselas"

Los períodos de crisis económica o los conflictos con las libertades económicas ponen en evidencia la débil consideración de los derechos sociales por parte de los Estados, respaldados en sus actuaciones por las instituciones europeas que parecen haberlos olvidado o dejado a su mínima expresión. Con la finalidad de situar en el primer plano de la escena política la importancia de estos derechos, se celebró la importante Cumbre de Alto Nivel sobre la Carta Social Europea el 17 y 18 de octubre de 2014, formando parte de la misma todos los países del Consejo de Europa, así como representantes de la UE. En la misma, se elaboró el conocido Proceso de Turín[30], en el que se parte de la convicción de que "el respeto de los derechos sociales fundamentales es el mejor medio para dirigir a los ciudadanos hacia la participación en los procesos democráticos, de incrementar su confianza en la construcción europea y de combatir el fundamentalismo y la radicalización, estimulando la inclusión y la cohesión social".

Para ello, resulta fundamental que la CSE despliegue su potencial de forma paralela al CEDH y a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, desarrollando la complementariedad entre éstos y solventando los posibles conflictos que han surgido considerando que en realidad no existen, sino que estamos en presencia de diferentes niveles de protección, representando la CSE uno de los más altos. Su condición de texto vivo e integrado permite su puesta en práctica a nivel nacional de forma coordinada y en común, consiguiendo con ello acabar con "tensiones económicas y sociales, favorecer el consenso político y, llegado el caso, facilitar la adopción de las reformas que se consideren necesarias".

Su pretendida efectividad se muestra en un Plan de Acción detallado que ya se ha empezado a materializar, evidenciando que no será un documento que se quedará en el plano teórico. Así, en febrero del 2015 se elaboró como complemento el Documento de Bruselas Sur, *l'avenir de la protection des droits sociaux en Europe* (El futuro de la protección de los derechos sociales en Europa)[31], elaborado por un grupo de expertos independientes, que cuenta con el respaldo del Consejo de Europa. En éste se fijan cuatro objetivos conducentes a mejorar la protección de los derechos sociales, en concreto, su garantía en tiempos de crisis económica, la

coherencia y coordinación entre los Estados y otras organizaciones internacionales en cuanto a su protección, la mejora y avance de la eficacia de la CSE y, por último, la potenciación de las sinergias entre el Consejo de Europa y la UE.

Limitándonos en este apartado al primero de éstos, se hace referencia a la realidad que ha supuesto para los derechos sociales los mecanismos de ajuste exigidos por la UE, recordando en este sentido la importante jurisprudencia del CEDS que ya emitió en las Conclusiones XIX-2 del 2009[32] sobre la aplicación de la CSE en el contexto de la crisis económica global. Ésta ha sido reproducida en prácticamente todas las decisiones que han valorado normativa de los Estados adoptada en cumplimiento de programas de la *troika* o sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es determinante y se ha convertido en un principio general de aplicación e interpretación de la CSE. (Nivard, 2012, p. 1)[33] Esa jurisprudencia fue acogida también en algunos de los pronunciamientos de órganos judiciales españoles, a modo de ejemplo, la ya aludida SJS de Barcelona Núm. 2 de 19 de noviembre de 2013 (Núm. 421/2013). Así, es categórica la determinación de que:

> …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 (…) 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.
>
> Si bien " (…) 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 (…)", no se puede "

> (…) 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".

Con esta relevante doctrina, que gira en torno al principio general del necesario respeto y garantía de los derechos sociales en todo momento y más en tiempos de crisis económica, se indica la conveniencia de su inclusión en el Art. 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su "economía social de mercado altamente competitiva".

El Informe elaborado en el Proceso de Turín, con el fin de poner en práctica los compromisos adquiridos y los objetivos perseguidos, fue presentado el 4 de febrero de 2015 por el Vicepresidente de la Asamblea Parlamentaria al Comité de Ministros del Consejo de Europa, declarando que su inicio representa una oportunidad real y efectiva para traducir las declaraciones de principios a nivel nacional y europeo, en acciones políticas dirigidas a acabar con la separación entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos sociales y económicos, por otro.

El respeto de los derechos sociales es la mejor manera de aumentar la participación de los ciudadanos en los derechos democráticos, reforzar su confianza en la construcción

europea y combatir el fundamentalismo y la radicalización, puesto que su respeto promueve la inclusión y cohesión social, siendo en los momentos en que se adoptan medidas de austeridad cuando esto debe estar muy presente. [34]

Para finalizar, la necesidad de que el Informe que surgió en el Proceso de Turín vaya acompañado de compromisos ha llevado a que se presente una propuesta de Recomendación a la Asamblea Parlamentaria el 18 de marzo de 2015 dirigida a que se posicione respecto del mismo y emita, a su vez, las correspondientes recomendaciones al Comité de Ministros, a los Estados miembros y, si fuera necesario, a la UE.[35]

5. A modo de conclusión: la complementariedad de los diferentes niveles de protección y el estándar más favorable para los derechos sociales

Llegados a este punto, podemos afirmar sin ambages que, en materia de protección internacional de los derechos humanos (y, por ende, de los derechos sociales) ha quedado ampliamente superada la clásica distinción entre monismo y dualismo en nombre del principio *favor libertatis*[36], en la medida en que la jurisdicción nacional y la jurisdicción internacional se retroalimentan en una deseable acción de sinergia optimizadora (Cançado Trindade, 1995, pág. 20) y en aras de la denominada *integralidad maximizadora* del sistema global de derechos humanos (Bidart Campos, 1994, pp. 29-31).

Semejante superación, que hemos pretendido ilustrarla a través de la CSE como *Pacto europeo de democracia social* por excelencia, se debe en buena medida a la relativización del discernimiento entre las fases de interpretación y aplicación de las normas nacionales e internacionales sobre derechos humanos, cuando menos como proyección de dos elementos irrebatibles. De un lado, el texto de los tratados internacionales contiene cláusulas más o menos generales que se ven lógicamente superadas por las más detalladas normas nacionales.[37] De otro lado, el texto de los tratados no se entiende sin, ni puede escindirse de, la concepción de dicho texto como "instrumento vivo". La aplicación de las disposiciones de un tratado y su prevalencia, derivada de su carácter supralegal, que justifica el control de convencionalidad por las jurisdicciones nacionales, carecerían de sentido si no se tomara en consideración la interpretación de esas normas

internacionales llevada a cabo por la respectiva instancia máxima de control o garantía.

Por ello, nos parece fundamental que no sigamos empecinados en reinventar, sino en ser coherentes y dotar de efectividad y optimizar lo ya inventado. Con tal filosofía, ya que se decide "reinventar" una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) con catálogo de derechos, pero sin garantías específicas. ¿Por qué no poner más empeño en explotar "al alza" las sinergias en ella previstas, concretamente a la luz de la interacción entre los niveles de protección mencionados en el título VII, en congruencia con el principio *favor libertatis* contemplado en el Art. 53 CDFUE, lo mismo que en el Art. 53 CEDH o en el Art. 32 CSE -Art. H CSE revisada?; ¿Por qué obviar en sede jurisdiccional comunitaria que el catálogo de derechos sociales de la CDFUE -especialmente incluidos en el título sobre "solidaridad"- se ha basado en la CSE revisada de 1996, como explícitamente se reconoce en las Explicaciones anejas del Praesidium? ¿Por qué se genera desde el Tribunal de Justicia de la UE en su jurisprudencia más reciente la sensación de que es más tímido ahora con respecto al catálogo de derechos sociales de la CDFUE, esto es, ahora que cuenta con una base habilitante expresa, que en su precedente jurisprudencia social pretoriana?

De nuevo, si según esas explicaciones anejas, los derechos sociales de la CDFUE se han elaborado inspirándose en las concretas disposiciones de la CSE revisada de 1996, ¿por qué se admite en la UE la incoherencia de que todavía algunos de sus Estados miembros -como Alemania o España, a diferencia de Francia, Italia o Portugal- no hayan aceptado la CSE revisada? ¿Por qué se admite asimismo en el Consejo de Europa que algunos de sus Estados miembros, que también coinciden en parte con los mencionados de la UE, no hayan ratificado la propia CSE revisada, de la misma manera que se exige la ratificación del CEDH para la pertenencia al Consejo, en clara incongruencia hipócrita con el discurso sobre la indivisibilidad de los derechos? Esto como si los derechos sociales no estuvieran en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos o como si la democracia social no fuera igual de necesaria que la democracia civil y política o como si los tres pilares del Consejo de Europa, la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, no cubrieran asimismo

la vertiente social de democracia social, Estado social y derechos sociales.

Con idéntico espíritu, si tenemos claro, y así nos gusta resaltarlo, que los derechos valen tanto como las garantías, ¿cómo se admite en el seno del Consejo de Europa a países miembros que no acepten el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS.[38] ¿Cómo se entiende la incoherencia de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, entre los que se encuentran España, Eslovaquia o Bosnia-Herzegovina, que han aceptado el reciente procedimiento de comunicaciones individuales ante el Comité DESC de Naciones Unidas y no en cambio el mecanismo de reclamaciones colectivas ante el CEDS?

A todos estos interrogantes pretende dar una respuesta coherente el denominado "Proceso de Turín" que estudiamos en las presentes páginas para dinamizar la Carta Social Europea y optimizar el modelo social europeo. En este escenario, no estamos confrontados a un problema de adopción de normas o de establecimiento de garantías sobre derechos sociales, sino a un problema de compromiso y voluntad positiva para sacar rendimiento a las normas y garantías ya establecidas, dotando de efectividad a los derechos sociales reconocidos. Si somos coherentes con el principio de indivisibilidad, ¿acaso no hemos sido capaces todavía, en el contexto de la crisis, de darnos cuenta de que la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos sociales comporta la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos civiles y políticos? Así, en algunos países y señaladamente, en España, está adquiriendo lamentablemente más visibilidad la legislación restrictiva sobre derechos civiles que la legislación impregnada de austeridad y recortes sociales, dado que las restricciones a los derechos cívico-político pretenden acallar las protestas ciudadanas frente a las regresiones sociales. En paralelo, en el terreno político debe quedar claro que el coste de no respetar los derechos sociales es mayor que el de su respeto.

Ya existen abundante normativa sobre derechos sociales. Por lo tanto, procede incorporarlas, interpretarlas y aplicarlas "al alza", sin necesidad de reinventar otras. Ya existen garantías de derechos sociales, por lo tanto, conviene incorporarlas y armonizarlas igualmente, inspirándonos en el principio "*favor libertatis*" y sin necesidad de reinventar otras.

Y, sobre todo, reinventémonos nosotros mismos. Si los derechos valen tanto como las garantías, las garantías valen tanto como un ejercicio de voluntad positiva al asumir nuestras responsabilidades compartidas en la promoción y defensa de los derechos sociales.

Notas

1. Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España.

2. Profesora Titular de Universidad del Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Universidad de Valencia, España.

3. Efectivamente, la primera modificación de la Carta de 1961 se encauzó a través del Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de septiembre de 1992. El Protocolo 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 (Artículo 1), el derecho a la información y a la consulta (Artículo 2), el derecho a participar en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo (Artículo 3), y el derecho de las personas ancianas a la protección social (Artículo 4).

4. El contenido del Protocolo de 1991, que formalmente no ha entrado en vigor (al precisar la unanimidad de todos los Estados Partes en la Carta), 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 aplicaran 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 (a diferencia de los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) la elección de miembros del Comité Europeo de Derechos Sociales por la Asamblea Parlamentaria (siguen siendo elegidos por el Comité de Ministros).

5. Véase Artículo D de la Carta revisada, incluido en la Parte IV.

6. Los 4 países miembros que quedan al margen de ese concierto social europeo son Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

7. Vislumbrando esa demora de once años (de la CSE con respecto al CEDH), Teitgen, en el informe que presentó a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Administrativos, apuntó que "ciertamente, las libertades profesionales 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?".

8. El Art. 28 de la Declaración propugna que *"toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".*

9. Así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en el sitio web de la Carta Social Europea, www.coe.int/socialcharter. Como bien ha precisado (Brillat, 2009, pág. 44) "el término 'jurisprudencia' utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación".

10. A tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre "Empleo, formación e igualdad 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 es objeto de presentación de un informe cada cuatro años

11. Las ONG nacionales pueden quedar asimismo legitimadas siempre que el país que haya aceptado dicho procedimiento formule una declaración en tal sentido, lo que en la praxis revela desgraciadamente un solo supuesto (el de Finlandia) entre los quince Estados que se han obligado por dicho mecanismo.

12. Nos referimos a el manido argumento del único o mayor coste de los derechos socio-económicos en comparación con los derechos cívico-políticos, o como la presunta "alergia" de los derechos socio-económicos a su justiciabilidad.

13. Véase, por ejemplo, STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 sobre discriminación de hijos extramatrimoniales en materia de derechos sucesorios y la tardanza el

legislador belga en modificar el código civil para paliar dicha desigualdad.

14. En el curso de la sustanciación de las Reclamaciones Núm. 33/2006 (*Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia*) y 39/2006 (*FEANTSA c. Francia)*, el propio CEDS tomó nota en sendas Decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa Núm. 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (*Loi Núm. 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*).

15. Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). La hasta hace poco vigente Ley Orgánica 10/2002 de 23 de diciembre de Calidad de la Educación mantenía esa obligatoriedad en su Artículo 9.3: *"La enseñanza básica incluye diez años de escolaridad. Se iniciará a los seis años de edad y se extenderá hasta los dieciséis".* La actual Ley Orgánica de Educación (LOE) de 6 de abril de 2006 sigue manteniendo esa obligatoriedad en su Artículo 4.2.

16. En su Conclusión, el CEDS afirma: *"los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «e encuentren o no en situación irregular"* (*Médecins du Monde – International c. Francia*, Reclamación n° 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al Art. 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, *"impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población"*, en la medida en que *"la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia, Reclamación Núm. 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, § 31; Defence for Children International c. Bélgica, Reclamación NÚM. 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, §§ 100-101)".*

17. En especial, la interpretación del CEDS deberá ser tomada en consideración de manera determinante y decisiva por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su resolución (en estado de litispendencia) del conflicto positivo de competencias (Núm. 4540/2012) planteado por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco y contra diversas disposiciones 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 que divergen justamente del Real Decreto-ley 16/2012 (por el momento, véase el Auto 239/2012 del Pleno del TC de 12 de diciembre de 2012 en el que parece atisbarse la línea trazada por el CEDS en la materia que nos ocupa). La controversia sigue, por tanto, abierta, como lo acredita la reciente Providencia del TC de 3 de noviembre de 2015, mediante la que se suspende, con arreglo al Art. 161.2 CE, 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.

18. *Vid.* la *Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros*, en la que se *"toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS Núm. 141 de 16 de marzo de 2005 relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiaros de la ayuda médica de Estado".*

19. Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación Núm. 47/2008, *DCI c. Países Bajos*) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación Núm. 69/2011, *DCI c. Bélgica*).

20. Se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales para el año académico 2009/2010.

21. Se trata de las cinco decisiones de fondo de resolución de las Reclamaciones Núm. 76/2012, 77/2012, 78/2012, 79/2012 y 80/2012. En particular, dice el CEDS en esas decisiones que el Artículo 12 CSE (derecho a la seguridad social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión; pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada y, en cualquier caso, el Gobierno griego no ha demostrado que haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que haya

habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial. Adicionalmente, el efecto acumulativo de todo estos déficits, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

22. A título de ejemplo, el Artículo titulado "L'austérité grecque jugée illégale" en el diario francés el 19 de octubre, donde puede leerse: "*Europa critica a Europa*. El Comité Europeo de Derechos sociales, un órgano del Consejo de Europa, ha juzgado ilegales diversas medidas adoptadas por Grecia para flexibilizar su mercado laboral en respuesta a las demandas de reforma formuladas por la UE y el FMI".

23. Sobre el régimen jurídico de este contrato y su vulneración de la normativa internacional.

24. "*Todos los poderes, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte. El Gobierno velará por el adecuado cumplimiento de dichos trat*ados".

25. "*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*".

26. Véase, entre otras, las SSTC 49/1988, de 22 de marzo (Rec. 990/1985), 28/1991, de 14 de febrero (Rec. 852/1987) o 207/2013, de 5 de diciembre (Rec. 4285/2013).

27.

Nos referimos a: la SSTC 49/1988 de 22 de marzo (Rec. 990/1985), 84/1989 de 10 mayo (Rec. 405/1987), 28/1991 de 14 de febrero (Rec. 852/1987), 207/2013, de 5 de diciembre (Rec. 4285/2013), y, entre otros, el TS (Penal) en la sentencia de 6 de mayo de 2015 (Rec. 1682/2014), en consonancia con el Art. 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

28. En concreto nos estamos refiriendo a la STSJ de Cataluña de 22 de junio de 2015 (Rec. 134/2015).

29. Esta interpretación ya la avanzó la SJS de Barcelona Núm. 13 de 8 de junio de 2015 (Núm. 219/2015), aunque finalmente no consideró que la modificación legislativa española era equiparable.

30. Consultar http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/TurinConference/Turin-General-Report_FR.pdf (última visita 05/9/2015).

31. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Doc_Bruxelles_version_EN_FR_DEF.pdf

32. En http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/Year/XIX-2_fr.pdf Sobre *la crisis económica y su afectación a los derechos sociales,* p. 13.

33 Como afirma la autora, los derechos sociales no pueden ser unos derechos que se otorguen en tiempos de prosperidad y se supriman en períodos de regresión económica.

34. Declaraciones del Secretario General del Consejo de Europa en la Cumbre de Turín, que se ha fijado como una de sus prioridades de su segundo mandato el Proceso de Turín y la consecución de sus objetivos.

35. Doc. 13735, puede consultarse en http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=21606&lang=fr

36. También conocido como "*pro homine"* o "*pro personae"*.

37. Pensemos, en lo que nos ocupa, en el Pacto DESC, en la Carta Social Europea o en el equivalente Protocolo de San Salvador en el caso del sistema interamericano, e incluso en los más específicos Convenios de la OIT.

38. La indivisibilidad de los derechos debe comportar la indivisibilidad de sus garantías. Como es sabido, el procedimiento de demanda individual también se configuró inicialmente como facultativo ante el TEDH hasta que devino lógicamente obligatorio desde 1981.

Referencias

Anexo a la Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS. 2 de 31 de marzo de 2010.

Alfonso Mellado, C., Jimena Quesada, L., y Salcedo Beltrán, C. (2014). *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica.* Albacete, España: Bomarzo.

Bidart Campos, G. (1994). La interpretación del sistema de derechos humanos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*.

Brillat, R. (2009). La Charte sociale européenne et le contrôle de son application. En Aliprantis, N., *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis a l'échelle mondiale* (pág. 44). Brucelas, Bélgica: Bruylant.

Cançado Trindade, A. (1995). Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos. *Colección Cuadernos de derechos humanos de Guatemala*, (20).

Conseil de l'Europe. (1975). *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme, 1.* La Haye: Martinus Nijhoff Publishers.

Corte de Estrasburgo. (29 de noviembre, 1991). STEDH. *Vermeire c. Bélgica*.

Deliyanni-Dimitrakou, C. (2013). La Charte social européenne et les mesures d'austérité grecques: à propos décisions n.º 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux. *Revue de Droit du Travail,* (7-8).

Comité de Ministros del Consejo de Europa. (2014). *Informe anual: sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH*. Véase el último informe (Octavo), en: http:// www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Source/Publications/CM_annreport2014_fr.pdf

ILO 321.ª Reunión, Documento GB.321/INS/9/4 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf [última consulta realizada en 25/11/2015].

Jimena Quesada, L. (2014). Interdependence of the Reporting System and the Collective Complaint Procedure: Indivisibility of Human Rights and Indivisibility of Guarantees. En M. D. Guiglia, *European Social Charter and the Challenges of the XXI Century*. Napoli, Italia: Edizioni Scientifiche Italiane.

_____. (2013). *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho.* Navarra, España: Aranzadi.

_____. (2007). La inconstitucionalidad del control de constitucionalidad sucesivo de los tratados internacionales (crítica a la postura mantenida por el Tribunal

constitucional español). En P. AA.VV., Pérez Tremps (Coord.), *La reforma del Tribunal Constitucional.* Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Le Figaro. (19 de octubre, 2012). L'austérité grecque jugée illégale. *Le Figaro*. Recuperado de http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2012/10/19/20002-20121019ARTFIG00003-l-austerite-grecque-jugee-illegale.php

Molina Navarrete, C. (2014). Reforma laboral y justicia constitucional: el Tribunal Constitucional ni es infalible ni ya tiene la última palabra. (Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros,* (377-378).

Nivard, C. (15 de noviembre, 2012). Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures anti-crise grecques. *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF.*

Resolución CM/ResChS. 7 adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa

Salcedo Beltrán, M. (2013). El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional. *Revista Derecho Social,* (62), pp. 93-122.

Teitgen, P. H. (1949). *Informe a la Asamblea Consultiva (Parlamentaria) del Consejo de Europa, 5 de septiembre.* Publicado en Conseil de l'Europe, 1975.

Verdier, J. (1992). Protection et justiciabilité des droits sociaux. *Affari sociali internazionali,* (1).