

LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA): ENTRE EL DESCONOCIMIENTO Y SU REVITALIZACIÓN COMO INSTRUMENTO DE COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS SOCIALES EUROPEAS

Francisco Jiménez García*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. LOS RETOS DE LAS AGENDAS SOCIALES EUROPEAS. II. EL SISTEMA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA: UN ORDENAMIENTO PROGRAMÁTICO, FRAGMENTADO E INSUFICIENTEMENTE GARANTIZADO. III. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS. IV. ESPAÑA ANTE EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES. V. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA. LAS VENTANAS QUE ABREN LA JURISPRUDENCIA ASÍ COMO LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS EXPLICACIONES. VI. CONCLUSIONES.

Resumen: El sistema de la Carta Social Europea oscila, por una parte, entre el desconocimiento que de él tienen no sólo la opinión pública sino los actores políticos y jurídicos europeos y, por otra, por su potencialidad jurídica en la coordinación de las políticas sociales europeas reivindicada por las distintas instituciones del Consejo de Europa. Para este último propósito, el sistema de la Carta Social Europea debería adquirir un mayor protagonismo en los sistemas constitucionales de los Estados así como en el acervo comunitario de la UE. A tal efecto resultan de interés ciertos pronunciamientos del TJCE (*Laval e Impact*) así como las posibilidades jurídicas de la dimensión social de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus Explicaciones.

I. INTRODUCCIÓN. LOS RETOS DE LAS AGENDAS SOCIALES EUROPEAS

El Consejo de Europa ha reiterado a través de sus distintas instancias que la Carta Social Europea revisada debería ser considerada como el instrumento idóneo de coordinación de las políticas sociales europeas así como la base mínima de los derechos sociales que todos los Estados miembros de esta Organización deberían garantizar a sus ciudadanos, en particular, a los más vulnerables¹. En su Resolución 1559 (2007) sobre la *Dimensión social de Europa: la plena aplicación de la Carta Social Europea revisada y la*

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

¹ Cfr. Recomendación 1795 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en relación con la 3ª Cumbre de Jefes de Estados y de Gobierno del Consejo de Europa celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005.

evaluación de la nueva normativa sobre empleo y salario mínimo, la Asamblea Parlamentaria expresaba su convencimiento acerca de que la integración europea y la mundialización sólo pueden desembocar en resultados positivos en la medida en que los intereses económicos y sociales sean considerados en pie de igualdad. Las reformas de la economía y del mercado de trabajo deben contribuir a reforzar la cohesión social, mientras que la política social debe, por su parte, tener por objetivo favorecer el empleo y el crecimiento. Para ello se necesitan reformas que conduzcan a un mayor equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad en el mercado de trabajo –lo que se denomina «flexiguridad»–. A tal efecto, reafirma la Asamblea Parlamentaria, la Carta Social Europea revisada contiene normas referidas a prácticamente todos los ámbitos afectados por las reformas económicas y sociales en curso en los distintos países europeos que gran parte de los Estados reconocen. Sin embargo, la mayoría de los ciudadanos y de los actores políticos desconocen o conocen insuficientemente el contenido de la Carta Social Europea. Por esta razón, la Asamblea reitera que los derechos consagrados en la Carta deberían ser publicitados más ampliamente ante la opinión pública y desempeñar el papel que les corresponde en la construcción de una Europa de carácter social.

En este interesante documento, la Asamblea Parlamentaria deja constancia que la Carta Social revisada no regula nuevos fenómenos que deberían ser tenidos en cuenta en próximas regulaciones convencionales como los relativos a la creciente libre circulación de trabajadores así como la libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Esta liberalización, generalmente deseable, provoca una viva inquietud en los ciudadanos debido a la disparidad de las normas sociales imperantes en cada Estado. Los temores que estas cuestiones económico-sociales suscitan en el seno de la sociedad así como la incapacidad de una respuesta política muestran que los países europeos están insuficientemente preparados para hacer frente a estos retos así como la necesidad de que se proceda a la enmienda de la Carta Social Europea para la regulación de tales cuestiones fijando los objetivos y límites a este proceso de liberalización.

Este debate sobre la Europa social y los criterios de la «flexiguridad» se está llevando a cabo ineludiblemente en la Europa comunitaria ante el reto que supone la realización del mercado interior y el modelo social que la Unión Europea (UE) pretende presentar como seña de identidad en virtud de sus propios postulados así como de los compromisos internacionales y tradiciones constitucionales de sus Estados miembros². No obstante, resulta significativo cómo el sistema de la Carta Social Europea queda al margen del mismo. En su Dictamen sobre “La dimensión social y medioambiental del mercado interior”, el Consejo Económico y Social Europeo (CESE) ha destacado que “el actual debate sobre los límites de la integración europea, lo que incluye a su vez el reciente debate en torno a la Directiva sobre los servicios, muestra precisamente lo difícil que es conciliar los principios del mercado interior con la necesidad de disponer de una normativa social estricta, protección social, servicios públicos accesibles y

² El debate acerca del modelo social europeo ha adquirido especial protagonismo tras la última ampliación en la UE. Vid. al respecto, MAESTRO BUELGA, G., “El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el «modelo social europeo»”, *RDCE* núm. 23, enero-abril 2006, pp.7-45; VAUGHAN-WHITEHEAD, D.C., *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*, Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA, 2003.

operativos y una competencia leal”. En este sentido se precisa que las instituciones europeas deberían tener en cuenta los legítimos intereses de las empresas y la necesidad de que las libertades económicas estén reguladas a fin de garantizar que su ejercicio no menoscabe ni los derechos sociales fundamentales que reconoce la legislación de la UE, ni las normas laborales internacionales ni las legislaciones de cada uno de los Estados miembros, incluidos el derecho a la negociación colectiva y el derecho a concertar y aplicar convenios colectivos³. Asimismo, en el Dictamen sobre la Agenda Social Renovada presentada por la Comisión, el CESE ha destacado que en el concepto de «flexiguridad» debería velarse por que se impulse de manera equilibrada tanto la flexibilidad como la seguridad, rechazando en todo caso la idea de que dicho concepto signifique un recorte unilateral e ilegítimo de los derechos de los trabajadores⁴.

Por su parte, la Comisión Europea en su Libro Verde, “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del Siglo XXI” y en referencia a las Directrices integradas para el crecimiento y el empleo⁵, destaca la necesidad de adaptar la legislación laboral para promover la flexibilidad y la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo así como fomentar el diálogo social⁶, mientras que en su reciente Comunicación sobre la Agenda Social Renovada⁷, si bien recuerda que las medidas sociales son principalmente responsabilidad de los Estados miembros y que las facultades y responsabilidades de la UE en el ámbito social son limitadas – aun cuando la realidad es que las medidas económicas y sociales a escala de la UE y nacional se refuerzan y complementan mutuamente–, defiende que dicha Agenda no puede limitarse a los ámbitos sociales tradicionales sino que debe ser transversal y multidimensional y abarcar una amplia gama de ámbitos, desde políticas de mercado de trabajo hasta la educación, la sanidad, la inmigración y el diálogo intercultural. Por ello, la articula en

³ Dictamen CESE 36/2009 de 14 de enero de 2009, ponente ADAMCZYK, A., punto 7.3.

⁴ Dictamen CESE 48/2009 de 14 de enero de 2009, sobre la Comunicación de la Comisión relativa a la “Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del Siglo XXI”, ponente Sr^a. REGNER, coponente, Sr. PEZZINI, punto 4.1.

⁵ Decisión 2005/600/CE del Consejo de 12 de julio de 2005 relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (*DOUE L 205* de 6 de agosto de 2005). Vid. también la Decisión 2006/544/CE del Consejo, de 18 de julio de 2006, relativa a las Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros (*DOUE L 215* de 5.8.2006)

⁶ COM(2006) 708 final. Vid también Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Hacia los principios comunes de la flexiguridad: más y mejor empleo mediante la flexibilidad y la seguridad” {SEC(2007) 861} {SEC(2007) 862} (COM/2007/0359 final). Conforme a esta Comunicación las políticas de flexiguridad pueden concebirse y aplicarse a través de cuatro ejes de actuación: disposiciones contractuales flexibles y fiables (desde la perspectiva del empleador y del empleado, y de «los que están dentro» y «los que están fuera») gracias a una legislación laboral, convenios colectivos y una organización del trabajo modernos; estrategias globales de aprendizaje permanente a fin de garantizar la adaptabilidad y empleabilidad continuas de los trabajadores, en particular de los más vulnerables; políticas activas del mercado laboral eficaces que ayuden a las personas a afrontar cambios rápidos, reduzcan los períodos de desempleo y faciliten las transiciones a nuevos puestos de trabajo; sistemas de seguridad social modernos que ofrezcan un apoyo a la renta adecuado, fomenten el empleo y faciliten la movilidad en el mercado laboral. Aquí se incluye una amplia serie de medidas de protección social (prestaciones de desempleo, pensiones y atención sanitaria) que permiten a las personas conciliar el trabajo con las responsabilidades privadas y familiares, como el cuidado de los hijos”.

⁷ COM(2008) 412 final.

torno a las siguientes directrices: las oportunidades, el acceso y la solidaridad. A tal efecto la Comisión declara que

“Dar oportunidades requiere un esfuerzo continuo para crear más y mejores puestos de trabajo y aumentar el bienestar. Significa eliminar barreras, facilitar la movilidad, luchar contra la discriminación, fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, apoyar a las familias y enfrentarse a nuevas formas de exclusión social. Para aprovechar las oportunidades, los individuos necesitan acceder a la educación, la asistencia sanitaria y los servicios sociales de interés general. Deben poder participar activamente e integrarse en las sociedades en las que viven. Las personas y regiones que no pueden seguir el ritmo y se ven relegadas por la rapidez de los cambios necesitan ayuda. Por tanto, la Agenda Social Renovada es también una agenda de la solidaridad que intensifica los esfuerzos para luchar contra la pobreza y la exclusión social, y explorar nuevas formas de ayudar a las personas a adaptarse a la globalización y los cambios tecnológicos. Para lograrlo, la UE tiene que ser innovadora en la forma de establecer marcos políticos en su legislación, reuniendo a las personas para que intercambien buenas prácticas y favoreciendo nuevos enfoques”⁸.

II. EL SISTEMA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA: UN ORDENAMIENTO PROGRAMÁTICO, FRAGMENTADO E INSUFICIENTEMENTE GARANTIZADO

El sistema de la Carta Social Europea se caracteriza por ser un régimen jurídicamente flexible tanto por la naturaleza contractual de sus instrumentos jurídicos como por la capacidad normativa de sus disposiciones respecto a la conducta o comportamientos de los Estados parte⁹. El objetivo programático de armonización normativa que exigen los convenios que integran este sistema aparece referenciado en la Parte I de los mismos cuando se declara que las Partes Contratantes reconocen como objetivo de su política,

⁸ Ibid. p. 4.

⁹ Sobre el sistema de la Carta Social Europea vid., entre otros, JIMÉNEZ GARCÍA, F., “El sistema Europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social Europea”, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.), Dilex, 3ª ed. Madrid, 2007, pp. 221-253; JIMENA QUESADA, L., *Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de Reclamaciones Colectivas Vol.I: 1998-2005)*, Valencia 2007; VVAA, *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, JIMENA QUESADA, L., (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2004; AKANDJI-KOMBE, J-F, “Actualité de la Charte sociale européenne- Chronique des décisions du Comité Européen des Droit sociaux sur les réclamations collectives- juillet 2001-julliet 2002”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 2003, n° 53 1º janvier, pp.113-138; del mismo autor: “L’application de la Charte sociale européenne: la mise en ouvre de la procédure de réclamations collectives”, *Droit Social*, n° 9/10, septembre-octubre 2000, pp.888-896; FLAUSS J-F (Dir.), *Droits Sociaux et Droit Européen. Bilan et Prospective de la Protection Normative*, Bruylant et Nemesis, 2002; AKANDJI-KOMBE, J-F y LECLERC S. (Ed.), *La Charte Sociale Européenne*, Bruylant 2001; DARCY J. y HARRIS, D., *The European Social Charter*, 2ª Ed. Transnational Publishers, New York 2001; COSTA, J.P., “La Carta Social Europea Revisada”, en *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCÍA DELGADO Y L. GONZÁLEZ SEARA (Dir.), Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, pp.435-447; D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention Européenne des Droits de l’Homme et Charte Social Européenne: Droit et Pratique*, Conseil de l’Europe (Ed.), 1997; DÍAZ BARRADO, C.M., “La Carta Social Europea: un instrumento para el desarrollo de los derechos sociales en Europa”, en *Política Social Internacional y Europea, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Madrid, 1996, pp.231-261; EIDE, A., “The future protection of economic and social rights in Europe”, en *Monitoring Human Rights in Europe*, A. BLOED Y OTROS (Ed.) Martinus Nijhoff Publ., 1993; *The Future of Europe Social Policy*, L. BETTEN (Ed.), 1991.

que perseguirán por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, la consecución de las condiciones idóneas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos y principios en ellos declarados. En tal sentido, la mayoría de los derechos reconocidos en la Parte II han sido formulados en términos generales y con remisiones constantes a la normativa marco y de desarrollo de los Estados partes. La concreción y la delimitación del contenido de los mismos han correspondido al *Comité Europeo de Derechos Sociales* (antiguo Comité de Expertos Independientes y en adelante CEDS), mediante la formulación de sus conclusiones al final de cada ciclo de control de los informes estatales y la adopción de las decisiones sobre el fondo de las reclamaciones colectivas presentadas, dando lugar a lo que se ha denominado la «*jurisprudencia del Comité*». Además, y como ha recordado el propio Comité en numerosas ocasiones, la Carta es un instrumento vivo que se ha de interpretar a la luz de la evolución de los Derechos nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa en conjunción con los instrumentos internacionales pertinentes¹⁰.

El alcance y el control de estos derechos variarán dependiendo de la «dinámica» de actuación estatal que requiera el contenido del derecho reconocido, bien a través del examen de los progresos alcanzados a medio o largo plazo en la legislación y práctica sociales de un determinado Estado en atención a la situación evaluada y las observaciones formuladas en el ciclo de control inmediatamente anterior, o bien a través del análisis de las medidas concretas adoptadas para la consecución de los objetivos expresamente declarados en las disposiciones de la Carta Social. Por otro lado, efectividad y no discriminación se erigen como criterios generales en cuanto a la interpretación de los derechos reconocidos. A este respecto, el Comité ha recordado que el objeto y la finalidad de la Carta Social Europea, en cuanto instrumento de protección de los derechos humanos, consisten en proteger derechos no teóricos sino efectivos, por lo que estima que la aplicación satisfactoria de la misma no puede ser alcanzada por el sólo efecto de la legislación si la aplicación de ésta no es efectiva ni rigurosamente controlada¹¹. El Estado no sólo ha de tomar todas las iniciativas jurídicas apropiadas sino también disponer de los recursos y procedimientos necesarios que faciliten el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Carta, sin perjuicio de que en dicho examen se tenga en cuenta la excepcional complejidad o la particular onerosidad de la ejecución del derecho de que se trate¹². Es más, corresponde al gobierno del Estado parte en el sistema de la Carta Social adoptar todas las medidas necesarias, incluyendo las de vigilancia e intervención, para que tales obligaciones sean respetadas, incluso cuando conforme al derecho interno la competencia corresponda a instancias regionales o locales, a sindicatos o a organismos profesionales¹³. Por otro lado y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en materia de no

¹⁰ Cfr. CEDS, Decisiones de 7 de diciembre de 2004, Reclamaciones nº 17-21 presentadas por la *Organización Mundial contra la Tortura contra Grecia, Irlanda, Italia, Portugal y Bélgica*.

¹¹ Cfr. Conclusiones XIII-3, pp.292 y 295.

¹² Cfr. CEDS, Decisión de 5 de diciembre de 2007, Reclamación nº 39/2006, *Federación Europea de Asociaciones Nacionales que Trabajan con los Sin Abrigo (FEANTSA) c. Francia*, par.57 y Decisión de 4 de noviembre de 2003, Reclamación nº 13/2002, *Asociación Internacional Autismo Europa c. Francia*, par.53.

¹³ Cfr. CEDS, *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Italia*, Reclamación nº 27/2004, Decisión de 7 de diciembre de 2005, pars. 25-26.

discriminación, el CEDS ha indicado, respecto al artículo E de la Carta Social revisada, que uno de los objetivos intrínsecos de los derechos garantizados por la Carta radica en expresar la solidaridad y favorecer la cohesión social mediante el respeto, por parte de los Estados, de la diferencia y para que la organización social no llegue a generar o reforzar la exclusión social. El derecho de igualdad –que al igual que el artículo 14 del CEDH carece de existencia independiente al resto de los derechos reconocidos– no sólo prohíbe la discriminación directa, sino también todas las formas de discriminación indirecta tanto las que se desprende de los tratamientos inapropiados de ciertas situaciones, como las que revelan el desigual acceso a las diversas ventajas colectivas de personas que se encuentran en dichas situaciones con respecto a los demás ciudadanos¹⁴.

Por otra parte se ha de tener en cuenta que conforme a los Anexos relativos al ámbito personal de aplicación de los distintos instrumentos convencionales que integran la Carta Social Europea, los derechos no se refieren exclusivamente a los nacionales del Estado examinado sino que la Carta reconoce que, salvo lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a las que se refieren los artículos 1 al 17 comprenden también a los extranjeros nacionales de otras Partes contratantes con la condición de que residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la Parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19 de la Carta. En particular, los artículos 18 y 19 se refieren respectivamente al derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras Partes contratantes y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia. Finalmente cada Parte contratante concederá a los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra de 1951 y que residan regularmente en su territorio el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados.

Tal idiosincrasia normativa obedece a su coyuntura histórica, entendidos los derechos económicos, sociales y culturales como derechos instrumentales o prestacionales de los derechos civiles y políticos a pesar de las solemnes declaraciones, tan reiteradas como acertadas, sobre la indivisibilidad de los derechos fundamentales. A diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la adhesión al sistema de la Carta Social Europea no constituye un presupuesto de admisión en el seno del Consejo de Europa, y ello a pesar de que la Asamblea Parlamentaria haya subrayado que la aplicación de estándares homologables o equiparables en términos de derechos sociales, a la luz de las respectivas circunstancias nacionales, debería ser un criterio de admisión en el Consejo de Europa¹⁵. Se trata, además, de los pocos sistemas convencionales que admiten la técnica de la aceptación parcial de sus disposiciones, en su caso incluso de párrafos, prevista en el artículo 17 Convenio de Viena de 1969 sobre el derecho de los

¹⁴ Cfr. CEDS, *Centro de Derechos para los Gitanos Europeos c. Italia*, Reclamación n° 27/2004, Decisión de 7 de diciembre de 2005, pars. 19-21 y *Asociación Internacional Autismo-Europa c. Francia*, Reclamación n° 13/2002 de 4 de noviembre de 2003, par.52

¹⁵ Cfr. punto 3° de la Recomendación 1168 (1991) de 24 de septiembre de 1991 relativa al futuro de la Carta Social del Consejo de Europa.

Tratados¹⁶, lo que ha generado un sistema fragmentado de obligaciones asumidas por los Estados parte en el sistema y ello a pesar de que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa venga requiriendo hace tiempo al Comité de Ministros la enmienda de las cláusulas finales de la Carta Social para hacer obligatorios todos los derechos reconocidos a los Estados signatarios¹⁷.

Como ha sido puesto de manifiesto en el documento relativo al seguimiento de los compromisos concernientes a los derechos sociales presentado por el Relator CLUADE EVIN ante el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Familia de la Asamblea Parlamentaria¹⁸, del examen de la tabla de artículos y párrafos de la Carta Social revisada aceptada por los Estados se infiere como derechos universalmente aceptados por los Estados parte los siguientes: derecho al trabajo (art.1), el derecho sindical (art.5), derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo (artículo 20) y, respecto del derecho de los niños y adolescentes a protección (art.7), su párrafo 1º (fijar en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo, sin perjuicio de excepciones para los niños empleados en determinados trabajos ligeros que no pongan en peligro su salud, moralidad o educación), su párrafo 2º (fijar en 18 años la edad mínima para la admisión al trabajo en ciertas ocupaciones consideradas peligrosas o insalubres), el párrafo 3º (prohibición de que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de la educación), el párrafo 8º (prohibición del trabajo nocturno a los trabajadores menores de 18 años, excepto en ciertos empleos determinados por las leyes o reglamentos nacionales) y el párrafo 10º (protección especial contra los peligros

¹⁶ En el momento de ratificación de la Carta, los Estados pueden optar, conforme a lo establecido en la Parte III, por vincularse exclusivamente por un número limitado de derechos reconocidos. En este sentido, el artículo 20.1.b) indica que los Estados partes se obligarán al menos por cinco de los siete artículos que constituyen el denominado «núcleo duro» de derechos reconocidos, esto es, artículos 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho sindical), 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 protección y asistencia). Aparte de esta disposición, el Estado contratante debe aceptar un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II siempre que el número de los artículos y de los párrafos aceptados no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados. España se ha obligado por la totalidad de derechos reconocidos, con la restricción referida al derecho sindical y al derecho de negociación colectiva indicada en su declaración y la denuncia efectuada al artículo 8.4.b). Por su parte el artículo A de la Carta Social revisada de 1986 prevé que cada uno de los Estados partes se compromete en aceptar seis de los nueve artículos que constituyen el núcleo duro -artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20, esto es, derecho al trabajo, derecho sindical, derecho a la negociación colectiva, derecho de los niños y adolescentes a protección, derecho a la seguridad social, derecho a la asistencia social y médica, derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica, derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia y derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo- así como a obligarse por un número adicional de artículos o párrafos numerados que no sea inferior a 16 artículos o sesenta y tres párrafos numerados. No obstante y conforme al art. B ninguna parte contratante en la Carta Social Europea o Parte en el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988 podrá ratificar la Carta Social Revisada sin considerarse obligada al menos por las disposiciones correspondientes de la Carta Social Europea y en su caso del Protocolo Adicional, a las que ya estuviera obligada.

¹⁷ Recomendación 1354 (1998) punto 23.iv)

¹⁸ Asamblea Parlamentaria, Doc. 11234 de 11 de abril de 2007.

físicos y morales a los que están expuestos los niños y los adolescentes, especialmente contra aquellos que, directa o indirectamente, deriven de su trabajo). Derechos que forman parte del denominado núcleo duro de la Carta Social revisada y se corresponden con los derechos previstos en la Declaración de 1998 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, con la excepción del derecho a la negociación colectiva que en el ámbito europeo no ha suscitado tal unanimidad en cuanto a su aceptación. Por otra parte, los derechos que menor consenso generan son: el derecho a la vivienda (art.31); la obligación de simplificar las formalidades vigentes y a reducir o suprimir los derechos de cancelación y otras tasas que deban ser pagadas por los trabajadores extranjeros o por sus empleadores (18.2); el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (art.30); la aplicación de la asistencia social y médica en condiciones de igualdad con sus nacionales a los de las restantes Partes que se encuentren legalmente en su territorio (art.13.4); y el derecho de las personas de edad avanzada a protección social (art.23).

Como se resalta en el citado informe, el fracaso en cuanto al significativo número de Estados que no han asumido tales previsiones en una Europa caracterizada por el envejecimiento de su población, la migración, la pobreza y la exclusión social y donde la promoción de la cohesión social es uno de sus principales objetivos, pone de relieve la necesidad de activar la maquinaria del artículo 22 de la Carta Social Europea que, de forma similar a la previsión del artículo 19. 5 e) de la Constitución de la OIT respecto a la obligación de los Estados miembros de informar sobre los convenios de la OIT no ratificados, prevé que las Partes contratantes remitirán al Secretario General del Consejo de Europa, a intervalos apropiados y a petición del Comité de Ministros, informes sobre las disposiciones que no hubieran aceptado.

Junto a este estado deficitario de asunción de compromisos y el referido carácter programático de la naturaleza de la mayor parte de sus disposiciones, este sistema carece de un sistema jurisdiccional de control. La técnica de protección basada en reclamaciones individuales y en decisiones obligatorias se articula mal con estos derechos de carácter colectivo, pues, como ha indicado PASTOR RIDRUEJO, si bien las dificultades de técnica jurídica para hacer efectivos estos recursos no tienen por qué ser necesariamente insalvables, lo que sí resultaría sin duda insuperable sería la resistencia política de los Estados para la aceptación de recursos individuales en reclamación de derechos cuya satisfacción depende de condiciones vinculadas a la política general del Estado y sometidos además a factores coyunturales¹⁹. No obstante, como han destacado ABRAMOVICH y COURTIS, existen otros mecanismos indirectos que permiten la efectividad de estos derechos, en particular, a través del principio de igualdad y no discriminación, el principio y garantías del “debido proceso” así como a través de otros derechos de naturaleza civil y política o derechos sociales más fuertes²⁰. Esto explica, entre otras razones, el escaso éxito de las distintas

¹⁹ Vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 2007, p.223.

²⁰ Vid. ABRAMOVICH, V. y COURTIS, CH., *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Ed. Trotta, Madrid 2002. Sobre esta cuestión resulta de interés el trabajo de FREIXES SANJUÁN, T., acerca de la “Justiciabilidad de la Carta Social Europea” en el marco del Derecho comunitario y del derecho

propuestas de la Asamblea Parlamentaria favorables a la justiciabilidad de estos derechos, en concreto, la referida al establecimiento de un Tribunal Europeo de Derechos sociales²¹, así como la relativa a la adopción de un Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre relativo a los derechos sociales fundamentales²². Según esta última propuesta, aquellos derechos sociales garantizados por las Constituciones de los Estados y considerados justiciables por las jurisdicciones nacionales, deberían ser añadidos a las disposiciones normativas del Convenio Europeo de Derechos del Hombre sujetas al control jurisdiccional del TEDH²³.

Frente al desarrollado sistema de reclamaciones²⁴, quejas²⁵ y el procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical²⁶ de la OIT²⁷, así como al recién instaurado

constitucional español, en *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, L. JIMENA QUESADA (Coord.), *op.cit.* pp. 113-136.

²¹ Recomendación 1354 de 28 de enero de 1998. En su párrafo 18 se precisa que “The European Court of Human Rights is a central authority for the protection of human and civil rights and human dignity. The Parliamentary Assembly considers the establishment of a parallel European court of social rights to be an effective way of guaranteeing the observance of obligations under the Social Charter. It is also worth examining the possibility of transferring individual rights from the Social Charter to the European Convention on Human Rights, in order to create the basis for stricter legal observance. This question is, however, very wide and complex and the Assembly therefore intends to make it the subject of a separate report”.

²² Recomendación 1415 de 23 de junio de 1999. Con anterioridad a esta recomendación, cfr. Recomendación 839 (1978) de 28 de septiembre de 1978 y Resolución 967 (1991) de 28 de junio de 1991. Por su parte, el Comité de Ministros remitió tanto la Recomendación 1354 como la Recomendación 1415 (1999) al Comité Director para los Derechos Humanos para que la introdujera dentro del estudio que está realizando sobre la posible reforma del Convenio Europeo de Derechos del Hombre. Cfr. *El Futuro de la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre relativo a los derechos sociales fundamentales*, Doc.9047 de 20 de abril de 2001.

²³ A tal efecto en la mencionada recomendación 1415 se enumeran los siguientes derechos agrupados en dos categorías: a) *protección de las necesidades elementales* (derecho de alojamiento, derecho a la asistencia social y médica; derecho a una renta mínima); b) *protección en el medio de trabajo* (derecho a una remuneración equitativa; derecho a recibir regularmente y en plazo el salario, la pensión de jubilación y prestaciones sociales; derecho a condiciones de trabajo equitativas, suficientes y respetuosas con la dignidad humana, en particular derecho a una duración de trabajo razonable, derecho a vacaciones anuales pagadas, derecho a días festivos pagados, derecho a descanso semanal; derecho a la seguridad e higiene en el trabajo y la protección contra el trabajo insalubre y peligroso; derecho a una formación profesional continuada de carácter apropiado; derecho a una protección específica en caso de despido, en particular, derecho a un plazo mínimo de preaviso en caso de despido, derecho a una indemnización mínima y prohibición del despido por razones arbitrarias; derecho a la protección de la maternidad de las trabajadoras; prohibición del trabajo infantil antes del fin de la edad de escolarización obligatoria; derecho a la integración de las personas discapacitadas en el mundo del trabajo; derecho de protección frente al acoso sexual en el lugar del trabajo).

²⁴ El procedimiento de reclamación se rige por los artículos 24 y 25 de la Constitución de la OIT. Este procedimiento garantiza a las organizaciones profesionales de empleadores y de trabajadores el derecho de presentar al Consejo de Administración de la OIT una reclamación contra cualquier Estado Miembro que, en su opinión, “no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte”. Puede establecerse un comité tripartito del Consejo de Administración, compuesto por tres miembros, para examinar la reclamación y la respuesta del gobierno. El informe que el comité somete al Consejo de Administración contempla los aspectos jurídicos y prácticos del caso, examina la información presentada y concluye formulando recomendaciones. Cuando la respuesta del gobierno no se considera satisfactoria, el Consejo de Administración tiene el derecho de publicar la reclamación y la respuesta. Las reclamaciones relativas a la aplicación de los

mecanismo de comunicaciones individuales, estatales y el procedimiento de investigación confidencial previsto en el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptado el 10 de diciembre de 2008 por la Asamblea General²⁸, el sistema social del Consejo de Europa prevé un

Convenios núms. 87 y 98, generalmente se remiten al Comité de Libertad Sindical para que éste las examine

²⁵ El procedimiento de queja se rige por los artículos 26 al 34 de la Constitución de la OIT. En virtud de estas disposiciones, puede presentarse una queja contra un Estado Miembro por incumplimiento de un Convenio ratificado por otro Estado Miembro que hubiese ratificado el mismo Convenio, por un delegado a la Conferencia Internacional de Trabajo o por el Consejo de Administración en el marco de sus competencias. Después de haber recibido la queja, el Consejo de Administración puede constituir una comisión de encuesta para el caso, compuesta por tres miembros independientes, que será responsable de realizar una investigación profunda de la queja, determinándose todos los hechos del caso y formulándose recomendaciones sobre las medidas que deben tomarse para tratar los problemas planteados por la queja. La comisión de encuesta es el procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT. En general, se recurre a él cuando un Estado Miembro es acusado de cometer violaciones persistentes y graves, y se hubiese negado reiteradamente a ocuparse de ello. Hasta la fecha, se han establecido 11 comisiones de encuesta. Cuando un país se niega a cumplir con las recomendaciones de una comisión de encuesta, el Consejo de Administración puede tomar medidas en virtud del artículo 33 de la Constitución de la OIT. Esta disposición establece que, "en caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones." El artículo 33 fue invocado por primera vez en la historia de la OIT en 2000, cuando el Consejo de Administración solicitó a la Conferencia Internacional del Trabajo que arbitrara medidas para hacer que Myanmar pusiese fin al uso del trabajo forzoso.

²⁶ La libertad sindical y la negociación colectiva se encuentran entre los principios fundacionales de la OIT. Poco después de la adopción de los Convenios núms. 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, la OIT llegó a la conclusión de que el principio de libertad sindical requería otros procedimientos de control para garantizar su cumplimiento en los países que no habían ratificado los convenios pertinentes. Como consecuencia de ello, en 1951, la OIT creó el Comité de Libertad Sindical (CLS) con el objetivo de examinar las quejas sobre las violaciones de la libertad sindical, hubiese o no ratificado el país concernido los convenios pertinentes. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden presentar quejas contra los Estados Miembros. El CLS es un Comité del Consejo de Administración y está compuesto por un presidente independiente y por tres representantes de los gobiernos, tres de los empleadores y tres de los trabajadores. Si el Comité acepta el caso, se pone en contacto con el gobierno concernido para establecer los hechos. Y si decide que se ha producido una violación de las normas o de los principios de libertad sindical, emite un informe a través del Consejo de Administración y formula recomendaciones sobre cómo podría ponerse remedio a la situación. Posteriormente, se solicita a los gobiernos que informen sobre la aplicación de sus recomendaciones. En los casos en los que los países hubiesen ratificado los instrumentos pertinentes, los aspectos legislativos del caso pueden remitirse a la Comisión de Expertos. El Comité también puede optar por proponer una misión de "contactos directos" al gobierno concernido para abordar el problema directamente con los funcionarios del gobierno y los interlocutores sociales, a través de un proceso de diálogo. En sus más de 50 años de trabajo, el Comité de Libertad Sindical ha examinado más de 2.300 casos. Más de 60 países de los cinco continentes han actuado a instancias de las recomendaciones del Comité y a lo largo de los últimos 25 años han informado de avances positivos en la libertad sindical.

²⁷ Sobre el sistema de derechos y garantías de la OIT, vid. BONET PÉREZ, J., *Mundialización y Régimen Jurídico Internacional del Trabajo. La Organización Internacional del Trabajo como Referente Político-Jurídico Universal*, Atelier, Barcelona; BARTOLOMEI DE LA CRUZ, H.; VON POTOBOSKY, G. y SWEPSTON, L., *The International Labor Organization. The International Standards and Basic Human Rights*, Westview Press, Boulder, 1996.

²⁸ Vid. A/RES/63/117 de 10 de diciembre de 2008.

sistema “cuasi-jurisdiccional” de reclamaciones colectivas mínimamente aceptado por los Estados miembros que pivota sobre el Comité Europeo de Derechos Sociales integrado por 15 miembros elegidos por el Comité de Ministros, aun cuando el Protocolo de Enmienda de Turín (1991) prevé en su artículo 25 que corresponderá su elección a la Asamblea Parlamentaria (al igual que sucede con los Jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comisario de Derechos Humanos) y sea ésta la única de las disposiciones del Protocolo de 1991 que sobre el mecanismo de control no se haya aplicado de hecho restando credibilidad y legitimidad a esta importante institución y desoyendo las reiteradas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria²⁹. El Protocolo Adicional a la Carta Social Europea, adoptado en 1995 y en vigor desde 1998, instaura exclusivamente un sistema facultativo de reclamaciones colectivas con el que se pretende reforzar la participación de los distintos interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales en el sistema de la Carta Social. Cabe en este sentido, llamar la atención sobre que España ni ha firmado ni ratificado el Protocolo mencionado quedando fuera del mecanismo de reclamaciones colectivas.

Los *titulares de este derecho* de reclamación colectiva son las organizaciones de empleadores y trabajadores indicadas en el artículo 27.2 de la Carta Social [por el momento, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la *BusinessEurope* (la antigua Unión de Confederaciones de Industria y Empresarios de Europa, UNICE) y Organización Internacional de Empleadores (OIE)], las ONG dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa e inscritas a tal efecto en la lista elaborada por el Comité Gubernamental en el ámbito de sus reconocidas competencias, así como las organizaciones nacionales representativas de trabajadores y empresarios que actúen bajo la jurisdicción del Estado reclamado. Por su parte, el artículo 2 permite a los Estados, en el momento de la manifestación del consentimiento o en un momento posterior mediante notificación, formular una declaración, de forma incondicional o por duración determinada, en virtud de la cual reconozcan este derecho a otras organizaciones nacionales no gubernamentales representativas, que actúen bajo su jurisdicción y que tengan reconocidas competencias sobre la materia (por el momento, sólo Finlandia ha reconocido a las ONG nacionales el derecho a presentar reclamaciones colectivas en su contra). En todo caso, hemos de reseñar que el Protocolo Adicional otorga un estatuto menos favorable a las ONG, pues éstas sólo están legitimadas para presentar reclamaciones en aquellos ámbitos y respecto de aquellas cuestiones en las que estén particularmente calificadas (artículo 3).

En cuanto al *objeto de la reclamación*, el artículo 4 establece que debe referirse a una disposición de la Carta (o en su caso del Protocolo Adicional de 1988 o de la Carta Social Revisada) aceptada por el Estado contratante en cuestión y ha de indicar en que medida la aplicación de esta disposición no ha sido asegurada de forma satisfactoria por el Estado de que se trate. Como señala el informe explicativo del Protocolo, la reclamación puede versar sobre un hecho similar que ya haya sido sometido a otra instancia nacional o internacional o sobre una situación que haya sido objeto del sistema de informes previsto en la Carta Social Europea, aunque en este último supuesto se deja

²⁹ Vid. Recomendación 1795 de 24 de mayo de 2007.

un amplio margen de apreciación al CEDS³⁰, *siempre y cuando se trate de una reclamación colectiva y no individualizada*, es decir, la reclamación ha de referirse a la no conformidad de la legislación o de la práctica de un Estado respecto a una disposición de la Carta y no a situaciones individuales de violación. Como ha indicado F. SUDRE, se trata ante todo de un derecho de reclamación colectiva y no de un derecho colectivo de reclamación lo que implica dos importantes limitaciones: las organizaciones titulares de este derecho no están legitimadas para actuar en nombre de los particulares afectados por actuaciones contrarias a la Carta ni para actuar en nombre propio cuando sean ellas las víctimas de tales violaciones³¹.

Así pues y de forma similar al sistema de la OIT, se opta por la técnica de las reclamaciones colectivas más acorde con el carácter programático y la dimensión generalmente interestatal de las obligaciones de resultado que impone las disposiciones de la Carta. Respecto a la posibilidad de adoptar un *Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre relativo a los derechos sociales fundamentales*, el Comité de Ministros ha destacado desde 2001 que no está a favor de la creación de un tribunal europeo de derechos sociales ni a favor de reconocer un derecho de reclamación individual en virtud de la Carta Social Europea. En cuanto a la inclusión de nuevos derechos sociales en el Convenio de Derechos Humanos, si bien no cierra tal posibilidad, ha insistido en otorgar prioridad a la ratificación de los instrumentos y en apostar por la consolidación de los mecanismos previstos en el sistema de la Carta, en particular por el procedimiento de reclamaciones colectivas³². En tal sentido resulta novedoso y no sé hasta que punto podrá incidir en la modificación de tal posición, el artículo 2 del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que prevé que se podrán presentar comunicaciones por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una

³⁰ En la decisión de admisibilidad dictada sobre la reclamación nº 1/1999, *Comisión Internacional de Juristas c. Portugal* por aplicación no satisfactoria del artículo 7 de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha recordado que en virtud del preámbulo del Protocolo Adicional de 1995, el procedimiento de reclamaciones colectivas ha sido instaurado para mejorar la puesta en práctica y efectividad de los derechos sociales garantizados por la Carta y reforzar la participación de los interlocutores sociales, por lo que este procedimiento, distinto por su naturaleza del procedimiento de examen de los informes nacionales, tiene por objeto permitir al Comité proceder a una apreciación jurídica de la situación del Estado de que se trate en virtud de los elementos aportados por la reclamación y el procedimiento contradictorio al que ésta haya dado lugar. Ni el hecho de que el Comité haya ya examinado esta situación en el ciclo de control XIII-5, ni el hecho de que tal situación vaya a ser examinada en ciclos de control posteriores, constituyen causas de inadmisibilidad de una reclamación colectiva concerniente a la misma disposición de la Carta y al mismo Estado contratante. Por su parte, el Comité de Ministros mediante Resolución ChS (99) 4, de 15 de diciembre de 1999, ha decidido tomar nota de las conclusiones del Comité de Derechos Sociales y ha recordado al Gobierno de Portugal que, conforme a su Recomendación ChS (98) 5 relativa al ciclo de control XIII-5, informará en el ciclo de control correspondiente sobre las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a la mencionada recomendación.

³¹ Vid. SUDRE, F., "Le Protocole additionnel a la Charte Social Européene prévoyant un système de réclamations collectives", *RGDIP* 1996-3, pp. 724-726.

³² Cfr. *El Futuro de la Carta Social Europea y el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre relativo a los derechos sociales fundamentales*, Doc.9047 de 20 de abril de 2001

comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento. A tal efecto, la Recomendación 1795 de 24 de mayo de 2007 de la Asamblea Parlamentaria exhortaba de nuevo al Comité de Ministros la creación de un grupo de trabajo sobre la cuestión de un eventual protocolo adicional a la Carta que prevea un mecanismo de reclamaciones individuales.

En las Conferencias ministeriales sobre los derechos del hombre que tuvieron lugar en las ciudades signatarias de Roma y Turín en 1990 y 1991, se indicó la necesidad, de una parte, de preservar el carácter indivisible de todos los derechos del hombre, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales, y de otra, de impulsar el protagonismo de la Carta Social Europea a tenor de los nuevos cambios sociales que se han producido desde su adopción. Este nuevo interés dio lugar a un proceso de revitalización de los derechos colectivos que se ha concretado, por el momento, en la aprobación de nuevos textos convencionales que, a pesar de su escaso éxito de ratificaciones, aspiran a actualizar, completar y perfeccionar el sistema de la Carta Social de 1961 y su Protocolo Adicional de 1988³³: el *Protocolo de Enmienda a la Carta Social* de 21 de octubre de 1991, aún no en vigor, cuyo principal propósito es adoptar las medidas adecuadas para mejorar la eficacia de la Carta, en particular, respecto al funcionamiento de su mecanismo de control (aunque aún no está en vigor técnicamente hablando -se requiere la manifestación del consentimiento de todos los Estados partes en la Carta Social y por el momento sólo se han depositado 22 ratificaciones³⁴- en la práctica la casi totalidad de sus disposiciones está siendo aplicada por los órganos de control de acuerdo con las decisiones del Comité de Ministros adoptadas por unanimidad en sus reuniones de 1991, de 1993 y de 1995); el *Protocolo Adicional a la Carta Social Europea* de 9 de noviembre de 1995, por el que se introduce un sistema de reclamaciones colectivas que entró en vigor el 1 de septiembre de 1998³⁵; y finalmente, la *Carta Social Europea revisada* de 3 de mayo de 1996 que entró en vigor el 1 de septiembre de 1999³⁶ y que está destinada a sustituir progresivamente a la Carta Social Europea y a su Protocolo Adicional mediante el reconocimiento y ampliación de nuevos derechos económicos, sociales y culturales.

³³ La Carta Social Europea de 1961 por el momento, ha sido ratificada por 27 de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa: Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, España, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia, Turquía y la Ex República Yugoslavia de Macedonia. Por su parte, el Protocolo Adicional de 1988 sólo ha sido ratificado por 13 de los 46 Estados miembros: Bélgica, Croacia, República Checa, Dinamarca, Eslovaquia, España, Finlandia, Grecia, Hungría, Italia, Países Bajos, Noruega y Suecia.

³⁴ Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Ex RY Macedonia, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Eslovaquia y Suecia

³⁵ Sólo 12 Estados han ratificado el Protocolo Adicional de 1995 por el que se introduce el sistema de reclamaciones colectivas: Bélgica, Croacia, Chipre, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal y Suecia.

³⁶ 27 Estados son partes en la Carta Social Europea revisada: Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Irlanda, Italia, Lituania, Malta, Moldavia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Rumania, Suecia, Turquía y Ucrania

A pesar de los importantes e interesantes desarrollos del sistema de la Carta Social en el marco del Consejo de Europa, se ha de recordar que la Carta Social Europea revisada de 1996, que viene actualizar y ampliar el contenido de los derechos reconocidos en la Carta de Turín de 1961, así como a dinamizar y reestructurar el sistema de control instaurado, sólo ha sido aceptada por 27 Estados de los 47 del Consejo de Europa, mientras que de la Unión Europea sólo 17 Estados la han ratificado, de los cuales solamente 3 han aceptado la totalidad de los derechos declarados: Francia, Italia, y Portugal. Por su parte, el Protocolo Adicional relativo a las reclamaciones colectivas sólo ha sido aceptado por 12 Estados de los 47 Estados del Consejo de Europa, 10 de la Unión Europea.

III. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVAS

España firmó la Carta Social Europea el 27 de abril de 1978, depositando el instrumento de ratificación el 6 de mayo de 1980³⁷, por lo que entró en vigor respecto a nuestro país a partir del 5 de junio de 1980. Asimismo, firmó el Protocolo Adicional el 5 de mayo de 1988 y depositó el instrumento de ratificación el 24 de enero de 2000³⁸ entrando en vigor a partir del 23 de febrero de 2000. España en el momento de la ratificación de la Carta social presentó la siguiente declaración: «España interpretará y aplicará los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea, en relación con el artículo 31 y el anexo de la Carta, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103 y 127 de la Constitución española»³⁹. Asimismo y respecto a la prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería o en cualquier otro que no sea adecuado por su peligrosidad, penosidad o insalubridad y como consecuencia de los problemas surgidos en el ámbito de la minería en relación con el principio de no discriminación entre hombres y mujeres, el Estado español, de conformidad con el artículo 37 y previa autorización de las Cortes Generales, notificó al Secretario General

³⁷ *B.O.E. núm. 153* de 26 de junio y corrección de errores en *B.O.E. núm. 192* de 11 de agosto de 1980.

³⁸ *B.O.E. núm. 99* de 25 de abril de 2000.

³⁹ Los arts. 5 y 6 de la Carta Social se refieren respectivamente al derecho sindical y al derecho de negociación colectiva. Por su parte, nuestra Constitución prevé en su art. 28 que la ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio del derecho a sindicarse libremente a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos, cuestión esta última a la que también se refiere el art. 103. A su vez, el art. 127 CE precisa que los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo no podrán pertenecer a sindicatos. Tal declaración ha sido aplicada respecto a los funcionarios públicos por el Tribunal Constitucional cuando en su Sentencia 57/1982 de 27 de julio declaraba que “la Carta Social Europea, en su artículo 6, ha sido ratificada por España en el Instrumento de 29 de abril de 1980 bajo reserva de interpretación a la luz de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución -los tres primeros alegados en este conflicto-, y en ésta no se reconoce a los funcionarios públicos la negociación colectiva como un derecho o libertad fundamental, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no recoge la negociación colectiva entre los derechos que enumera”, F.J.10 Por otro lado y respecto a esta declaración así como su incidencia sobre el derecho de sindicación de los jueces y magistrados, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha declarado que esta restricción resulta conforme con la Carta Social en la medida en que tales restricciones son admitidas para cierta categoría de funcionarios en función de las previsiones del artículo 31 de la Carta. Cfr. Conclusiones XVIII-1 (España) 2006, p.729.

del Consejo de Europa la denuncia del artículo 8.4.b) con efectos a partir del 5 de junio de 1991 que prohíbe el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería⁴⁰. Tal denuncia fue confirmada por el Tribunal Constitucional cuando en su Sentencia 229/1992 de 14 de diciembre⁴¹, afirmaba que si bien la existencia de trabajos prohibidos para la mujer había sido una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina reconocida en instrumentos internacionales (Convenio 45 de 1935 de la OIT y Carta Social Europea de 1961), el mandato de no discriminación por sexo del artículo 14 CE, consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres, exigía “desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo (...) No es ocioso recordar al respecto que el propio Gobierno parece haber sido consciente de la falta de fundamento actual de esta prohibición al haber denunciado por Instrumento de 6 de mayo de 1991, el art. 8.4 b) de la Carta Social Europea relacionado con la prohibición del empleo femenino en trabajos subterráneos de minería, que ha dejado de tener efectos para España a partir del 5 de junio de 1991”⁴².

Finalmente y como ya ha quedado reseñado, España depositó el instrumento de ratificación del Protocolo de Enmienda de 1991 el 24 de enero de 2000 y ha firmado la Carta Social Europea Revisada el 23 de octubre de 2000, sin que por el momento la haya ratificado ni haya firmado ni ratificado el Protocolo Adicional de Reclamaciones Colectivas de 1995.

Así pues, el grado de compromiso de nuestro Estado con el sistema de la Carta Social Europea es francamente menor y ello a pesar de que nuestro país se declara constitucionalmente como un Estado social y democrático de Derecho y contenga en su Constitución un amplio y progresista catálogo de derechos y principios sociales incardinados entre los Derechos y Libertades del Capítulo II y los Principios Rectores de la Política Social y Económica del Capítulo III del Título I de la Constitución⁴³. Es verdad que conforme al artículo 53 CE, no todos los derechos sociales reconocidos tiene el mismo grado de potencialidad jurídica respecto de la actuación de los poderes públicos – los del Capítulo II vinculan mientras que los del Capítulo III inspiran- ni la misma protección jurisdiccional – pues mientras los primeros generan directamente la tutela judicial efectiva ante los tribunales y el amparo constitucional, los segundos sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Sin embargo no se ha de olvidar que de acuerdo con el

⁴⁰ Vid. *B.O.E. núm.112* de 10 de mayo de 1991.

⁴¹ *B.O.E. núm.16*, de 19 de enero de 1993.

⁴² F.J.4.

⁴³ Sobre los derechos, libertades y principios sociales en nuestro sistema constitucional, vid. GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza Jurídica y Estructura de los Derechos Sociales*, Civitas, Madrid, 2002; CASCAJO CASTRO, J.L., *La Tutela Constitucional de los Derechos Sociales*, Madrid, 1988.

artículo 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales y a la libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España y que según la doctrina del Tribunal Constitucional referida precisamente a la dimensión social del principio de no discriminación, esta disposición constitucional no sólo integra en nuestro ordenamiento el contenido y alcance de los derechos asumidos internacionalmente sino que además implica una garantía para asegurar el debido cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado, pues si no se procediera a tal *interpretación conforme* de estos derechos y libertades “quedarían, a su vez, virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el artículo 14 CE no cabe dudar (art.10.2 CE)”⁴⁴. A tal efecto y respecto de esta disposición constitucional, se ha advertido desde la doctrina que la Carta Social Europea está llamada a consolidarse como una base interpretativa del fortalecimiento del “constitucionalismo social”⁴⁵.

1. La Carta Social Europea en la Jurisprudencia Constitucional.

En cuanto a la jurisprudencia constitucional, resulta conveniente destacar que, a diferencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia emanada del TEDH que han desempeñado un papel de suma importancia en la configuración y delimitación sustantiva de los derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente por la vía exegética del artículo 10.2 CE, la Carta Social ha tenido un papel interpretativo y configurador de los derechos sociales significativamente menor (en tal función sí que han incidido, sin embargo, los convenios de la OIT), inexistentes en el caso del Comité Europeo de Derechos Sociales y su “jurisprudencia” que no resultan citados en el argumentario interpretativo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional. No obstante la referencia a la Carta Social Europea aparece desde las primeras decisiones constitucionales, referencia convencional que se ha mantenido a lo largo del historial del máximo interprete de la Constitución. A tal efecto y al margen de las decisiones ya citadas, cabe destacar los siguientes pronunciamientos.

Respecto a la *discriminación en materia salarial*, en la que la doctrina constitucional encuentra su base fundamental, en cuanto a la normativa internacional se refiere, en el Derecho comunitario así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)⁴⁶, sin embargo ya en su Sentencia 145/1991 de 7 de

⁴⁴ Sobre el alcance del artículo 10.2 de la Constitución vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional*, Thomson/Civitas, Cizur Menor 2006, pp.19-62. La doctrina constitucional reseñada hace referencia a la Sentencia 175/2005 de 4 de julio, F.J. 3.

⁴⁵ Vid. JIMENA QUESADA, L., “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”, en *Escritos sobre Derecho Europeo de los Derechos Sociales*, L. JIMENA QUESADA (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia 2004, p.184.

⁴⁶ Sobre esta cuestión vid. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional*, *op.cit.*, pp.63-86.

enero el Alto Tribunal afirmaba que el principio constitucional de no discriminación en materia salarial abarcaba también a todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales, pero equivalentes o de igual valor desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de prestación, en cuya desigual valoración sea el elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo. Tal conclusión se fundamentó en los artículos 14 y 35.1 de la Constitución que además y de acuerdo al artículo 10.2 CE fueron interpretados a la luz de los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, el Tribunal Constitucional constató que la igualdad salarial por razón de sexo en los tratados internacionales ha pasado de una formulación inicial del principio estricto de igualdad salarial a identidad de trabajo, a una concepción más amplia del principio de igualdad salarial que actúa cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor. Como soporte jurídico de tal interpretación se citan el artículo 2.1 del Convenio 100 OIT, de 29 de junio de 1954, el artículo 7 a), i, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el artículo 4.3 de la Carta Social Europea⁴⁷.

Respecto al *derecho a la huelga y la negociación colectiva* cabe destacar las siguientes decisiones. La STC 11/1981 de 8 de abril cuando afirma que la naturaleza del derecho de huelga hace necesario, para respetar el artículo 28 CE, que pueda ser ejercitado directamente por los propios trabajadores, sin necesario recurso a los representantes. El ejercicio directo supone únicamente la concurrencia de una pluralidad de actos de ejercicio y la participación colectiva necesaria para que el acto sea reconocible como ejercicio de huelga. Tal conclusión resulta además avalada por lo dispuesto en los Convenios 88 y 89 de la OIT, en el Pacto Internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales así como en la Carta Social Europea⁴⁸. Por su parte, la Sentencia 4/1983 de 28 de enero, refiriéndose al derecho de sindicación y la negociación colectiva y frente a la pretensión defendida de que la legitimación exclusiva en favor de los sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales para la negociación colectiva laboral de convenios de ámbito pluriempresarial resultaba contraria al derecho de libre sindicación en su sentido negativo de no obligación de afiliarse a un sindicato garantizado en el art. 28.1 CE, estimó que la negociación directa entre los empresarios y sus trabajadores al margen de sus organizaciones representativas puede en ciertos casos ir en detrimento del principio según el cual debe estimularse y fomentarse la negociación colectiva laboral entre los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales. Conclusión que se inspiró no sólo en el artículo 7 CE, sino en el Convenio nº 98 de la OIT de 1 de julio de 1949 así como en el artículo 6.2 de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, que declara “el compromiso de las partes contratantes de «promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, de una parte, y organizaciones de trabajadores, de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de Convenios Colectivos»”⁴⁹

⁴⁷ Vid. F.J.4.

⁴⁸ Cfr. F.J.15.

⁴⁹ Vid. F.J.4.

Respecto del *derecho de los sindicatos a ejercer libremente sus actividades*, a redactar sus Estatutos y Reglamentos administrativos, a elegir libremente sus representantes, a aprobar y poner en práctica sus programas de actuación y, correlativamente, a que los poderes públicos y, en concreto la Administración, no interfieran en tales actividades o entorpezcan la ejecución de aquellos programas, resulta confirmado mediante la Sentencia 23/1983 de 25 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional recurre *ex artículo 10.2 CE*, al Convenio nº 87 de la OIT, al Pacto de Derechos Económicos y Sociales de 1966 (artículo 8.º) y a la Carta Social Europea de 1961 (artículo 5.º)⁵⁰. En cuanto a la *legitimación activa de los sindicatos en defensa de intereses generales*, incluido en el orden contencioso-administrativo, ha sido ya objeto de diversos pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional que han conformado un cuerpo doctrinal consolidado. A tal efecto, la Sentencia 358/2006 de 18 de diciembre asume como una de sus conclusiones que «los sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (arts. 7 y 28), como por obra de los tratados internacionales suscritos por España en la materia (por todos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 8 o art. 5, parte II, de la Carta Social Europea), una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que, como ya ha sostenido la doctrina de este Tribunal, no descansa sólo en el vínculo de la afiliación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo. La función de los sindicatos, pues, desde la perspectiva constitucional, “no es únicamente la de representar a sus miembros, a través de los esquemas del apoderamiento y de la representación del Derecho privado. Cuando la Constitución y la Ley los invisten con la función de defender los intereses de los trabajadores, les legitiman para ejercer aquellos derechos que, aun perteneciendo en puridad a cada uno de los trabajadores *ut singulus*, sean de necesario ejercicio colectivo”»⁵¹.

Especial relevancia ha tenido la Carta Social Europea en cuanto al reconocimiento del *derecho de sindicación y huelga de los extranjeros en situación irregular*. Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha realizado los siguientes pronunciamientos con ocasión de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En su Sentencia 236/2007 de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional declaró que la titularidad del derecho de sindicación corresponde “a toda persona” con independencia de su situación administrativa en el territorio nacional pues, siguiendo el criterio interpretativo *ex art. 10.2 CE*, tal conclusión deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.23), del artículo 22 del PIDCP y del artículo 8 del PIDESC. Además se insiste en que el artículo 11.1 CEDH consagra el derecho de “toda persona” a la libertad de reunión y de asociación, “incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”, mientras en la Carta Social Europea las partes contratantes se comprometen a “que la legislación nacional no menoscabe esa libertad [sindical] ni se aplique de manera que pueda

⁵⁰ Cfr. F.J.2.

⁵¹ STC 358/2006 de 18 de diciembre, F.J.4. Además de la jurisprudencia citada vid. SSTC 203/2002 de 28 de octubre, F.J.2; 164/2003 de 29 de septiembre, F.J. 5; 112/2004 de 12 de julio, F.J.4; 142/2004, de 13 de septiembre, F.J. 2; 28/2005 de 14 de febrero, F.J.3.

menoscabarla” (art. 5). Finalmente, menciona dos Convenios de la OIT, ambos ratificados por España: el Convenio núm. 87, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, en cuyo artículo 2 se garantiza “a los trabajadores ... sin ninguna distinción ... el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones”; y el Convenio núm. 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo art. 1 proclama que “los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo”. En virtud de toda esta normativa internacional la mencionada Sentencia concluye que:

“En nuestra jurisprudencia hemos vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a “todos” los trabajadores en su caracterización material, y no jurídico-formal, y a “todos” los sindicatos (art. 28.1 en relación con el art. 7 CE), entendiendo de este modo la proyección universal subjetiva que de dicho derecho efectúan los tratados internacionales citados, entre los cuales es de recordar el Convenio 87 de la OIT relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, cuyo art. 2 reconoce a todos los trabajadores, sin distinción alguna y sin autorización previa, los derechos de fundación de sindicatos y de afiliación a los mismos. Siendo así, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal de trabajador”⁵².

Las anteriores conclusiones respecto al concepto de trabajador en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación, son reiteradas en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga en la Sentencia 259/2007 de 19 de diciembre con referencia específica al artículo 6 de la Carta Social Europea⁵³.

Finalmente la Carta Social europea ha sido invocada para legitimar el modelo de prestaciones por contingencias del sistema de la seguridad social así como el derecho de asistencia social. En el Auto 573/1986 de 2 de julio, el Tribunal Constitucional declaraba que,

“Entiende la doctrina que en una evolución natural del sistema de Seguridad Social hacia sus modelos más avanzados, podría concluirse en una valoración y protección de las situaciones de necesidad por el hecho de que existan, sin contemplar las eventuales causas que las originen. Pero éste es tan sólo un modelo teórico, que no desautoriza a un modelo de la Seguridad Social que descansa aún en buena parte sobre la consideración de las «contingencias», de los eventos dañosos que puedan originar la protección que se dispense. Ese es aún el modelo español, y no lo ha ilegitimado la Constitución que, por el contrario, en varios de sus preceptos se refiere a contingencias concretas y determinadas (por ejemplo, el propio art. 41 de la Constitución menciona ya el «desempleo»). Puesto que la propia Constitución autoriza aunque no la imponga la diferente protección por contingencias, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador pueda tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso de unas prestaciones respecto del que pueda acordar para otras distintas, ocasionadas por contingencias diversas, al ser éstos conceptos técnicos que aún son clave de la protección dispensada por

⁵² Vid. F.J.9.

⁵³ Vid. F.J.7.

nuestra Seguridad Social. Al centrar su atención sólo en la situación de necesidad, el recurrente ha elegido un elemento arbitrario de comparación, porque ha fragmentado injustificadamente el conjunto de elementos que en nuestro derecho tipifican la mecánica protectora de la Seguridad Social. En la misma línea, los más cualificados Tratados internacionales en la materia se pronuncian aún por una protección que atienda a las contingencias, y ello resulta lógico, si se tienen en cuenta las dificultades financieras con que debe enfrentarse toda aplicación de la acción protectora de un sistema de Seguridad Social (así, Convenio 102 de la Organización Internacional de Trabajo, o los arts. 11, 13, 15 ó 16 de la Carta Social Europea, entre otros). Lo anterior conduce a desechar la alegación de presunta vulneración del art. 14 de la Constitución Española y esta conclusión afecta tanto al art. 54 de la Ley General de la Seguridad Social que en sí no es discriminatorio como a las Sentencias que lo aplicaron⁵⁴.

Conforme a la Sentencia 146/1986 de 25 de noviembre, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido y alcance del derecho a la asistencia social en referencia al sistema de la Seguridad Social en los siguientes términos:

“Como ya se ha dicho por este Tribunal, nuestro constituyente maneja un concepto consagrado por la práctica nacional e internacional, de ahí que deban atraerse a la interpretación del Texto constitucional los criterios materiales que pueden deducirse de la legislación vigente. Siguiendo la pauta de algunos instrumentos internacionales como la Carta Social Europea, lo que deba entenderse por Asistencia Social, en sentido abstracto, abarca a una técnica de protección fuera del sistema de la Seguridad Social, con caracteres propios, que la separan de otras afines o próximas a ella. Uno de éstos caracteres típicos es su dispensación por entes públicos o por organismos dependientes de entes públicos, cualesquiera que estos sean. La Asistencia Social viene conformada como una técnica pública de protección, lo que la distingue de la clásica beneficencia, en la que históricamente halla sus raíces (.....) Esta noción no sólo comprende a la asistencia dispensada por entes públicos que la definen y la prestan, sino también a la dispensada por entidades privadas, caso en que los poderes públicos desempeñan sólo funciones de fomento o de control”⁵⁵.

En el mismo sentido, la Sentencia 239/2002 de 11 de diciembre reiteraba que, “el sistema español de Seguridad Social se ha caracterizado, desde sus orígenes en el mutualismo obrero del siglo XIX, como una relación de «socorro mutuo», a través del mecanismo de los seguros sociales, hasta la culminación en la Ley de bases de Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963, por los criterios de profesionalidad y contributividad. Por el contrario, la «asistencia social» se endereza a la atención de las situaciones de necesidad de las personas, sin consideración alguna de los citados principios. Esta caracterización se encuentra presente en el art. 13 del apartado II de la Carta social europea y confirmada por el Tribunal Constitucional en la STC 76/1986”⁵⁶.

2. La Carta Social en la práctica legislativa española. Especial referencia a la normativa autonómica

Desde la perspectiva del poder legislativo, la Carta Social Europea ha tenido cierta incidencia plasmada en los preámbulos o, en su caso, directamente en el articulado de los instrumentos normativos adoptados. Cabe destacar al efecto, el Real Decreto

⁵⁴ Vid. F.J.1

⁵⁵ Vid. F.J.2.

⁵⁶ Vid. F.J.4.

2128/2008 de 26 de diciembre por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2009 cuando manifiesta que el incremento previsto implica la continuación de la estrategia que se inició en 2004 para la dignificación del salario mínimo interprofesional, en el objetivo de situarlo en un 60 % del salario medio, tal y como recomienda la Carta Social Europea⁵⁷. No obstante, resulta de interés reseñar que la Carta Social Europea ha sido especialmente invocada por la normativa de las Comunidades Autónomas. En primer lugar, a través de su legislación sobre materias sociales de su competencia como la referida a los servicios sociales⁵⁸, al voluntariado⁵⁹, a la vivienda⁶⁰, a los servicios de empleo⁶¹, o el estatuto de las personas con discapacidad⁶². En segundo lugar, a través de los nuevos Estatutos de Autonomía aprobados que, entre los tratados internacionales suscritos por España, citan expresamente la Carta Social Europea como parámetro normativo mínimo de los derechos y libertades que reconocen a sus ciudadanos⁶³.

IV. ESPAÑA ANTE EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

Entre 1982 y 2008, España ha presentado 21 Informes sobre la aplicación de la Carta Social Europea. El Informe 21 – Ciclo XIX-2 (2009)– fue presentado por el Gobierno español el 10 de diciembre de 2008 y se refiere al período comprendido entre el 1 de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2007 respecto de los artículos 3, 12 y 13 de la Carta Social europea así como al período de 1 de enero de 2003 al 31 de diciembre de 2007 respecto a los artículos 11 y 14 de la Carta Social y el artículo 4 del Protocolo Adicional.

⁵⁷ Vid. además, la 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 y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción; la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas respecto al derecho de la familia a una protección, en los planos jurídico, económico y social, para lograr su desarrollo.

⁵⁸ Vid. al respecto, la Ley 12/2007, de 11 de octubre de Servicios Sociales de la Comunidad de Cataluña que hace referencia directa al artículo 14 de la Carta Social Europea; Ley 1/2002 de la Comunidad de La Rioja, de 1 de marzo, de Servicios Sociales.

⁵⁹ Ley 5/2004, de 22 de octubre, del voluntariado en la Región de Murcia; Ley 7/2001 de la Comunidad de Andalucía, de 12 de julio, del Voluntariado; Ley 4/2001 de la Comunidad de Valencia de 19 de junio, del Voluntariado.

⁶⁰ Ley 8/2004, de 20 de octubre, de la Vivienda de la Comunidad Valenciana.

⁶¹ Ley 12/2003, de 4 de abril, del Servicio Canario de Empleo; Ley 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.

⁶² Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad en la Comunidad valenciana

⁶³ A tal efecto cabe destacar el art. 9 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 13 de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; y el Preámbulo y art. 11 de la Ley 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.

En cuanto al estado de cumplimiento de las obligaciones asumidas podemos hacer referencia a las siguientes cuestiones⁶⁴. En atención a la clasificación efectuada por el propio Comité, se han realizado las siguientes observaciones en los siguientes ámbitos.

1. Empleo.

A) *Derecho a una duración razonable del trabajo y derecho a permisos pagados anualmente (artículo 2§1§3)*. En sus Conclusiones XVI-2 (2003) y XVIII-2 (2007), el Comité ha concluido que la situación de España en el período examinado no resulta conforme con el artículo 2.1 de la Carta debido a que el Estatuto de los Trabajadores, si bien establece como duración máxima de la jornada laboral 40 horas por semana sobre un período de referencia de un año, autoriza que por vía de la negociación colectiva y con carácter excepcional la duración del trabajo semanal pueda ser superior a las 60

⁶⁴ El Comité Europeo de Derechos Sociales ha indicado, además, los siguientes supuestos en los que España no ha aportado la prueba del respecto de las correspondientes disposiciones de la Carta Social. Respecto al *art. 7§8, condiciones de trabajo entre los 15 y 18 años (prohibición de trabajo nocturno)*, se carece de información suficiente que demuestre que España prohíbe el trabajo nocturno a los trabajadores menores de dieciocho años. Respecto al *art. 9, derecho a la orientación profesional en relación con el art. 1§4 (obligación de proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas)*, la información requerida por el Comité se refiere a los siguientes ámbitos: en primer lugar, el Comité recuerda que en sus Conclusiones precedentes (Conclusiones XVIII-2) se había hecho constancia de la transferencia de la competencia en materia de orientación profesional a las Comunidades Autónomas por lo que requiere ahora información sobre cuál es el grado de esta transferencia; en segundo lugar, información sobre el funcionamiento de la orientación profesional en el ámbito de la educación prevista en la Ley Orgánica 10/2002 de Calidad de la Educación, incluyendo información relativa a los medios, efectivos y al número de beneficiarios, tanto a nivel de educación primaria, impartida por los propios profesores, secundaria, impartida por personal cualificado en centros de orientación especializada, así como en las Universidades que disponen de centros de orientación, información y de empleo conforme al acuerdo concluido con el Servicio Nacional de Empleo (INEM); finalmente se insiste en la necesidad de información acerca de los medios, efectivos y beneficiarios de la orientación profesional en el mercado laboral español, más allá de las informaciones recibidas acerca de los servicios de orientación profesional respecto a los parados y en el sector textil, así como si tal derecho es garantizado en condiciones de igualdad respecto a los ciudadanos de los Estados partes en la Carta Social, información ya requerida por parte del Comité (Conclusiones XIV-2, XVI-2 y XVIII-2). En virtud de las anteriores consideraciones, el Comité concluye que la situación de España no es conforme con el art. 9 de la Carta en la medida en que no queda establecido que sea garantizado el derecho a la orientación profesional en el sistema educativo ni la igualdad en cuanto al tratamiento (Conclusiones XIX-1 (España), pp. 11-22). En cuanto al *art. 10 §4, derecho a la formación profesional mediante la concesión de una asistencia financiera en los casos en que proceda, en particular en el ámbito de las ayudas a la educación* se establece que el principio de igualdad de trato respecto a los nacionales de otros Estados partes en la Carta Social Europea que residen o trabajan legalmente en España no resulta garantizada en lo relativo a la asistencia financiera, pues si bien se constata la existencia de ayudas a la educación y becas de estudio respecto de los alumnos que se encuentran en situaciones desfavorecidas, sin embargo en los informes requeridos al Estado español en las Conclusiones precedentes del Comité (XVI-2 y XVIII-2) no se hace referencia al tema de la asistencia financiera respecto de estos nacionales (Conclusiones XIX-1, p.16). Finalmente respecto al *art. 18§1, aplicación de la normativa de inmigración con espíritu liberal*, teniendo en cuenta la ausencia repetida de datos estadísticos que permitan evaluar la situación relativa a los permisos de trabajo concedidos o rechazados, ya sea en el marco del régimen general de contratación laboral ya sea en el marco del sistema de cuotas, respecto de los ciudadanos de las otras Partes contratantes que quieran realizar una actividad lucrativa en España, el Comité ha estimado que la situación española no resulta conforme con las previsiones del art. 18.1 de la Carta Social.

horas con la condición de que el tiempo trabajado durante la semana siguiente se reduzca de tal forma que la media de las dos semanas no exceda las 40 horas semanales. Además el Comité recuerda que los períodos de referencia que se utilizan para el cálculo de la duración media del trabajo semanal no pueden exceder de seis meses, siendo excepcional el período máximo de un año, mientras que en España la referencia general es la de un año. En cuanto al derecho a permisos pagados anualmente reconocido en el artículo 2§3, el Comité ha estimado la no conformidad de la legislación española debido a que en caso de enfermedad o accidente durante las vacaciones, los trabajadores no tienen, en general, derecho a tomar los días correspondientes en otro momento.

B) *Derecho a una remuneración justa (artículo 4§1)*. Si bien se pone de manifiesto cómo desde 2004 el Gobierno español ha emprendido la revisión del salario mínimo interprofesional, se concluye que sigue siendo insuficiente conforme al párrafo 1º del artículo 4 de la Carta Social Europea, pues el salario mínimo interprofesional en España es muy inferior al umbral del 60% del salario medio exigido en el sistema de la Carta⁶⁵. En cuanto al derecho a una remuneración mejorada en el caso de horas suplementarias (artículo 4§2), si bien el Comité estima conforme a la Carta la previsión del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores que dispone que la remuneración de las horas suplementarias no puede ser inferior al valor de las horas ordinarias y que los convenios colectivos pueden mejorar este valor, así como el recurso a los convenios colectivos para fijar la duración del trabajo y la remuneración mejorada de las horas suplementarias, sin embargo concluye que la situación española resulta contraria a esta disposición puesto que los trabajadores no tienen ninguna garantía legal de obtener un tipo de remuneración mejorada o un descanso complementario en compensación de las horas extraordinarias de trabajo. Según el Comité Social Europeo, el artículo 4§2 de la Carta exige que las disposiciones generales de derecho interno o los convenios colectivos prevean en todo caso una remuneración mejorada de las horas suplementarias así como que tales horas estén reglamentadas en el sentido de que no queden a la discreción ni del empresario ni del trabajador. Asimismo las razones o motivos que justifican el recurso a las horas extraordinarias y su duración han de estar expresamente reglamentadas.

C) *Derecho a protección en caso de despido (artículo 4§4)*. Conforme a las Conclusiones XVI-2 y XVIII-2, la situación española no ha variado concluyendo que se viola las previsiones del párrafo 4º del artículo 4 de la Carta puesto que no es requerido ningún período de preaviso en el caso de los trabajadores contratados por una duración determinada inferior a un año, resultando asimismo insuficiente el plazo preaviso de quince días para comunicar la terminación del empleo contratado por un período superior a un año.

⁶⁵ Conforme a los datos aportados por Eurostat, mientras que el salario medio en España alcanzaba en 2004 los 1520 euros al mes, el salario mínimo interprofesional estaba fijado en 573 euros al mes, lo que representaba un 37.65% del salario medio. Para el 2009, el salario mínimo interprofesional ha sido fijado en 624 euros al mes conforme al Real Decreto 2128/2008, de 26 de diciembre.

D) *Derecho a la negociación colectiva (huelga y cierre patronal, artículo 6§2 y 6§4)*. En sus Conclusiones XV-1 sobre el informe de España, el Comité estimó contrario al artículo 6.2 la congelación de salarios impuesta por el Gobierno en 1997 a los empleados del sector público al entender que constituía una intervención contraria a los procedimientos de negociación colectiva. Asimismo se solicitó para períodos sucesivos de control informaciones concretas acerca de la regulación de los servicios mínimos en caso de huelga de determinados servicios públicos a tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Carta Social. El Comité en sus Conclusiones XVII-1 y XVIII-1, ha entendido en virtud del análisis de la práctica que resulta contrario al artículo 6§4 en relación con el artículo 31 de la Carta Social, la previsión legislativa (art.10.1 del Real Decreto 7/1977 de 4 de marzo) que autoriza al Gobierno a imponer el arbitraje obligatorio para poner fin a una huelga cuya duración resulte excesiva, las posiciones de las partes irreconciliables y se cause un grave perjuicio para la economía del país, siempre que en el mismo se respete el requisito de imparcialidad de los árbitros⁶⁶. Del examen de la práctica (la imposición del arbitraje en la huelga de la EMT en Madrid en 2002 y en la huelga en el sector del transporte sanitario en Navarra en 2003), el Comité concluye que la intervención de los poderes públicos en los casos examinados no muestra que el recurso al arbitraje obligatorio resultara necesario, en una sociedad democrática, para garantizar el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres.

F) *Protección contra el despido durante el permiso de maternidad y derecho de lactancia (artículo 8§2 y 8§3)*. En sus Conclusiones XVII-2, el Comité ha concluido que la situación española no respeta el párrafo 2º del artículo 8 de la Carta Social europea, al estimar que las empleadas de hogar en virtud de la regulación prevista en el Real Decreto 1424/1985 no tienen garantizados sus derechos de protección contra los despidos durante el embarazo y el permiso de maternidad. También se vulnera el párrafo 3º pues las empleadas de hogar no tienen derecho a la denominada hora de lactancia. Además las mujeres embarazadas o con permiso por maternidad pueden ser despedidas en el marco de un despido colectivo, incluso si la empresa no cesa de sus actividades. Respecto a esta cuestión y aun cuando no ha sido examinada por el Comité, se ha de precisar que conforme al artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad de mujeres y hombres se dispone que constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, mientras que su artículo 10 prevé que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

⁶⁶ Sobre esta disposición vid. la doctrina derivada del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 8 de abril de 1981, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 1988.

2. Empleo y salud.

A pesar de los logros destacadas por el Comité en este ámbito⁶⁷ resulta de interés resaltar, como hace el propio Comité cuando denuncia el elevado número de accidentes laborales mortales existente en España (Conclusiones XVIII-2), que para la consecución de los objetivos previstos en la Carta Social Europea no basta la aprobación de legislación si la aplicación de ésta no es efectiva y rigurosamente controlada⁶⁸. Concretamente respecto al derecho a la salud y a la seguridad en el trabajo (*artículo 3§1 y §2*) en sus Conclusiones XVI-2 (2003) y XVIII-2 (2007), el Comité ha recordado que para que la situación sea conforme al artículo 3§1 de la Carta, los Estados deben tomar las medidas necesarias para que los trabajadores en situación de precariedad (interinos y contratados por un tiempo determinado) se beneficien de la información, de la formación y de la vigilancia médica adecuadas a su estatuto laboral a fin de que no sean objeto de ninguna discriminación en materia de seguridad y salud en el trabajo. Estas medidas deben asegurar que estos trabajadores sean eficazmente protegidos frente a los agentes patógenos y, si fuera necesario, deben comprender la prohibición del recurso a los trabajadores temporales para ciertos trabajos particularmente peligrosos en la medida en que la contratación sucesiva para este tipo de trabajos constituye en sí misma

⁶⁷ Dentro de los logros alcanzados el Comité cita la siguiente actividad normativa: la Ley 56/2003 sobre empleo de 16 de diciembre; la Ley 54/2003 de 12 de diciembre de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales así como el Real Decreto 171/2004 de 30 de enero por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales para prevenir los riesgos laborales derivados de la concurrencia de actividades empresariales y, por tanto, para que esta concurrencia no repercuta en la seguridad y la salud de los trabajadores de las empresas concurrentes; la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; el Real Decreto 285/2002 sobre jornadas especiales de trabajo, en lo relativo al trabajo en el mar que establece como duración máxima de la jornada laboral 12 horas, comprendiendo las horas complementarias; la Ley 55/2003 del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud que establece unos límites máximos para la duración de la jornada ordinaria de trabajo –así como para la duración conjunta de ésta y de la jornada complementaria que resulte necesaria realizar para atender al funcionamiento permanente de los centros sanitarios–, los tiempos mínimos de descanso diario y semanal, articulando regímenes de descanso alternativo para los supuestos en los que la necesaria prestación continuada de servicios impida su disfrute en los períodos señalados; la derogación de la Ley de 22 de diciembre de 1955 relativa a la marina mercante que preveía infracciones penales y disciplinarias sustituyéndose únicamente por sanciones disciplinarias de orden pecuniario y profesional en la Ley 27/1992 de puertos y marina mercante (Capítulos III y IV del Título IV de la Ley); derogación de los artículos 29 y 49 de la Ley 209/1964 procesal y penal de la navegación aérea que imponía sanciones penales por faltas disciplinarias al personal aéreo, incluso si las mismas no ponían en juego ni la seguridad de la aeronave ni la vida de las personas a bordo (Ley Orgánica 10/1995 sobre reforma del Código Penal); reducción de la jornada laboral para los hombres y mujeres cuyos hijos son hospitalizados después del parto (Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad); introducción de la baja por maternidad (Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras); mejora de la regulación relativa al trabajo nocturno de las mujeres en los empleos industriales (Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, y del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social).

⁶⁸ A tal efecto cita el asunto *Comisión Internacional de Juristas c. Portugal*, Reclamación nº 1/1998, decisión de 9 de septiembre de 1999, p.32.

una situación de riesgo. En sus últimas Conclusiones de 2007, el Comité reitera que conforme a un estudio realizado en 2003 respecto a la estadística relativa al período 1996-2002, la situación de los riesgos laborales se ha agravado resultando que el ascenso más marcado se ha producido entre los trabajadores temporales y los trabajadores con un contrato de corta duración. Entre 1996-2002, la tasa de accidentes de estos trabajadores había aumentado de 101 a 121 por mil trabajadores mientras que la tasa relativa a los trabajadores permanentes había experimentado un aumento de 42 a 45 por mil trabajadores. Además, considera que la situación de España no es conforme con el artículo 3§1 de la Carta como consecuencia de que los trabajadores autónomos no están suficientemente cubiertos por la reglamentación de sanidad y seguridad en el trabajo. Respecto al artículo 3§2 de la Carta –adopción de medidas de control de la aplicación de la normativa sobre seguridad e higiene–, el Comité ha estimado que la situación de España es contraria por el manifiestamente elevado número de accidentes en el trabajo y por el aumento continuo de su frecuencia⁶⁹.

3. Protección social.

A) *Derecho a la seguridad social (art.12§1)*. El Comité recuerda en sus Conclusiones XVIII-1 que para valorar el régimen de la Seguridad Social cuyo establecimiento y mantenimiento exige el párrafo 1º del artículo 12, resulta necesario examinar la eficacia de las prestaciones de seguridad social. Cuando éstas son prestadas en sustitución de rentas, su montante debe alcanzar una proporción razonable del salario previamente recibido y no ser inferior al umbral de la pobreza fijado en el 50% de la renta media ajustada y calculada sobre la base del umbral de riesgo de pobreza establecido por Eurostat. A tal efecto, el Comité señala que en 2003, el salario mínimo español era de 450 euros y el montante del subsidio de desempleo oscilaba respecto de una persona sola los 337,5 euros al mes, resultado inferior al umbral de la pobreza fijado conforme a las condiciones anteriores en 411,3 euros al mes. En virtud de estas consideraciones, el Comité estimó que dicho montante del subsidio de desempleo resulta insuficiente por lo que estima que la situación de España respecto al período examinado resulta contraria al artículo 12§1 de la Carta.

B) *Derecho a la asistencia social y médica para todas las personas que no dispongan de recursos suficientes y no estén en condiciones de conseguirlos o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social (art.13§1 en relación con el artículo 4 del Protocolo Adicional 1988)*.

⁶⁹ En el último Informe presentado por España relativo al período enero 2005 a diciembre de 2007, Ciclo XIX-2 (2009) se hace referencia a un importante conjunto de medidas legislativas destinadas a la prevención de riesgos en distintos sectores laborales. Sobre los trabajadores autónomos, tal como se indica en el Informe presentado por el Gobierno español el 10 de diciembre de 2008, se ha aprobado la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo que contiene aspectos de interés en materia de seguridad y salud laboral. Aborda cuestiones relativas a los cometidos de las administraciones públicas competentes, a los deberes de cooperación, información y vigilancia de las empresas contratantes y sus responsabilidades, a la utilización de máquinas y equipos de trabajo y al derecho del trabajador ante un riesgo grave e inminente. Hay otros aspectos regulados que indirectamente también inciden en la prevención de riesgos laborales, tales como las coberturas por contingencias profesionales y la cobertura de la incapacidad temporal.

En sus Conclusiones XVIII-1 de 2006, el Comité concluyó que la situación de España no era conforme al artículo 13.1 de la Carta por varias razones: el pago de la prestación mínima asistencial dependía, en la mayoría de las Comunidades Autónomas, de la duración de la residencia que variaba entre seis y tres años así como de la edad mínima de 25 años del beneficiario. Seis Comunidades habían rebajado este límite a 18 años y la mayoría prevén numerosas excepciones: que la persona sea víctima de violencia doméstica, que tenga hijos a su cargo, que se encuentre en un programa de protección de la infancia, que no viva con sus padres y que participe en proyectos de integración. Además el nivel de asistencia social para las personas solas resultaba manifiestamente insuficiente en la mayoría de las Comunidades Autónomas y la prestación mínima sólo es mantenida mientras que dura la situación de necesidad. Además no todas las Comunidades Autónomas prevén un derecho a dichos recursos y el disfrute de tal derecho es, en principio, suspendido cuando el domicilio habitual del beneficiario se traslada a otra Comunidad Autónoma. En este sentido se constata en las Conclusiones mencionadas que sólo tres Comunidades de las diecisiete habían celebrado acuerdos de reciprocidad que mantienen el pago de una renta mínima.

C) *Protección social, jurídica y económica de la familia (art.16)*. El Comité Social Europeo ha solicitado en sus Conclusiones XVIII-1 que el Gobierno español aporte más información sobre la organización de la educación preescolar en las diferentes Comunidades Autónomas, incluyendo el número de niños menores de 6 años en relación con los efectivos destinados, la cualificación del personal dedicado a la educación preescolar, la participación financiera demandada a los padres para sufragar este servicio así como las modalidades de inspección. Respecto a la violencia doméstica contra las mujeres, si bien pone en valor la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre las medidas de protección contra la violencia de género, sin embargo resalta que respecto al período de referencia examinado (2001-2004) y según las estadísticas aportadas por el Instituto de la Mujer, sigue siendo muy preocupante el incremento del número de muertes de mujeres como consecuencia de actos de violencia de género. Es más, el CEDS señala que tal alarmante situación ha sido denunciada por el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer⁷⁰ quien ha recomendado a España la puesta en práctica de forma efectiva de leyes y políticas destinadas a prevenir la violencia contra las mujeres así como promocionar y asegurar una sensibilización creciente de todos los actores concernidos sobre esta materia.

Respecto a la protección económica de la familia, más concretamente al carácter suficiente de las prestaciones familiares, el Comité europeo ha estimado que la situación de España no resulta conforme con el artículo 16 de la Carta, pues estima que para que las ayudas por hijo constituyan un complemento suficiente de renta han de representar un porcentaje significativo del valor de renta media ajustado. En el caso de España y en atención al período examinado, el montante medio de ayudas por hijo representa el 2.9% de dicha renta en virtud de los datos aportados por Eurostat, situación que es

⁷⁰ Cfr. CEDAW Informe a la Asamblea General, 31 sesión de 7 de julio de 2004, Doc. A/59/38.

estimada como insuficiente, incluso teniendo en cuenta los beneficios y deducciones fiscales.

4. Principio de no discriminación (nacionalidad y discapacidad).

A) Respecto al compromiso a *liberar las normas que regulan el empleo de los extranjeros previsto en el artículo 18§3 de la Carta*, de acuerdo con el informe aportado y las Conclusiones XVII-2 y XIX-1, así como del examen de la legislación sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Leyes Orgánicas 4/2000 y 14/2003) se constata por parte del Comité que los trabajadores extranjeros que han perdido su empleo no tienen derecho a una prolongación de su permiso de residencia que le permita tener tiempo suficiente para la búsqueda de un nuevo empleo.

B) En cuanto a la *reagrupación familiar, expulsión de extranjeros y no discriminación de los trabajadores migrantes autónomo (artículos 19§6, 19§8 y 19§10)* se han formulado las siguientes observaciones. En sus Conclusiones XVI-1 (2002) y XVIII-1 (2006), el Comité estimó que la situación española no resultaba conforme con los siguientes párrafos del artículo 19. El párrafo 6, porque ni la legislación ni la práctica prevé que los hijos de los trabajadores migrantes entre 18 y 21 años se puedan beneficiar del derecho de reagrupación familiar⁷¹. La situación española tampoco resultaba conforme con el párrafo 8 del artículo 19 porque los motivos de expulsión de los trabajadores migrantes nacionales de los Estados contratantes previstos en la Ley española – en particular las infracciones muy graves no constitutivas de delito relativas a inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito [art.54 b) de la Ley Orgánica 8/2000] y la realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, siempre que el hecho no constituya delito [art. 54 c) LO 8/2000]– van más allá de los previstos en la Carta. En sus Conclusiones XVIII-1 se mantiene esta situación y el Comité solicita del Gobierno más información en materia de expulsiones de extranjeros señalando que pospone sus conclusiones definitivas sobre la situación tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 13/2003 de reforma de la Ley de

⁷¹ No obstante lo anterior, el 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 prevé en su art. 2 la aplicación de tales derechos, vía reagrupación familiar, a los descendientes directos menores de 21 años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces. Asimismo y conforme a su art.3, las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto, exceptuando a los descendientes mayores de veintidós años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo contemplados en el artículo 2.d), tienen derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, prestación de servicios o estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la limitación establecida en el artículo 39.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. No alterará la situación de familiar a cargo la realización por éste de una actividad laboral en la que se acredite que los ingresos obtenidos no tienen el carácter de recurso necesario para su sustento, y en los casos de contrato de trabajo a jornada completa con una duración que no supere los tres meses en cómputo anual ni tenga una continuidad como ocupación en el mercado laboral, o a tiempo parcial teniendo la retribución el citado carácter de recurso no necesario para el sustento.

Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. También se hace observar que el tratamiento desigual de los trabajadores autónomos extranjeros respecto de los nacionales por lo que declara la no conformidad de la situación española respecto al artículo 19§10.

C) *Derecho de las personas físicas o mentalmente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social (artículo 15§1 en relación con la obligación prevista en el artículo 1§4, obligación del Estado a proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas)*. En sus Conclusiones XIX-1 (2008), el Comité constata que los informes presentados no aportan ninguna información en cuanto a la puesta en práctica y el impacto del II Plan de Acción para las personas discapacitadas (2003-2007) y del I Plan Nacional de Accesibilidad (2004-2012) a los que se hacía referencia en las anteriores conclusiones (Conclusión XVIII-2), informaciones que resultan imprescindibles para que el Comité pueda establecer si el derecho a la educación y formación profesional resulta efectivamente garantizado respecto de las personas discapacitadas. En tal sentido precisa que para examinar la situación española en relación con la obligación adquirida conforme a estas disposiciones de la Carta, resulta necesario conocer de forma sistemática el número de personas discapacitadas, incluido los menores, el sistema de formación y educación de los niños con discapacidades así como el número de estas personas que se haya censado en los centros de formación y enseñanza especial. Asimismo resulta de vital importancia conocer la definición de discapacidad asumida por la legislación española por lo que el Comité demanda al Gobierno español información acerca del número de personas a las que se les ha reconocido un grado de invalidez igual o superior al 33% y el número de personas a las que se les ha reconocido un grado de invalidez inferior al 33%. También se solicita que en el próximo informe se haga constancia de la jurisprudencia pertinente relativa a la discriminación fundada en la discapacidad en el ámbito de la educación y la formación

D) *Compromiso de las Partes Contratantes a adoptar las medidas adecuadas para proporcionar un puesto de trabajo a los minusválidos, particularmente por medio de servicios especiales de colocación, posibilidades de empleo protegido y medidas destinadas a estimular a los empleadores a su contratación (15§2)*. Una vez resaltada por el Comité la legislación adoptada por el Estado español en esta materia⁷², en las Conclusiones XVIII-2 (2007) se constataba que conforme a los datos aportados por el Plan Nacional de Acción español de 2004 y por el III Plan Nacional para la Inclusión Social (2005-2006), en el año 2002 las personas discapacitadas representaban el 8.7% de la población laboral española comprendida entre 16 a 64 años, su tasa de actividad

⁷² En particular se hace referencia a la siguiente normativa: Real Decreto 364/2005 por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad; la Ley 43/2006 para la mejora del crecimiento y del empleo que prevé ayudas financieras específicas a las empresas que contraten a personas con discapacidad; el Real Decreto 469/2006 por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los Centros Especiales de Empleo que pretende modernizar estos servicios a fin de contribuir a una plena integración de las personas discapacitadas; el Real Decreto 870/2007 por el que se regula el programa de empleo con apoyo como medida de fomento de empleo de personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo.

era de un 33.7% (frente al 53.8 del conjunto de la población), su tasa de empleo era del 28.5% (frente al 47.9%) y su tasa de desempleo del 15.3% (frente al 11%).

No obstante lo anterior, el Comité requiere que en el próximo informe el Gobierno facilite datos actualizados acerca del número de personas discapacitadas en edad de trabajar, el número de aquellas empleadas (en el mercado laboral ordinario o en el marco de una estructura protegida), especificando aquéllas que se benefician de ayudas al empleo, buscan empleo o se encuentran paradas. La ausencia repetida de estos datos impide establecer que la situación de España resulte conforme al artículo 15.2 de la Carta. A tal efecto el Comité recuerda que si se conoce de la existencia de una categoría de personas que son o podría ser objeto de discriminación, es deber de las autoridades del Estado recabar toda la información necesaria para calibrar la dimensión del problema⁷³. Recabar estos datos y su análisis, con absoluto respeto a la vida privada y sin incurrir en abusos, resulta indispensable para formular una política razonable.

Asimismo se requiere información acerca de la puesta en práctica, incluida la jurisprudencia generada, de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social que prohíbe expresamente toda discriminación directa o indirecta en el empleo fundada en la discapacidad y prevé que los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa. Por estas razones concluye que la situación de España no es conforme con la obligación prevista en el artículo 15 párrafo 2 de la Carta Social en la medida en que no queda establecido que las personas con discapacidad vean garantizado de manera efectiva su derecho a la igualdad de acceso al empleo.

E) *Derecho de la madre y el niño a una protección social y económica (artículo 17)*. El Comité ha estimado en sus Conclusiones XVII-2 que se vulnera el artículo 17 por no estar prohibidos en España legalmente los castigos corporales a los niños en el ámbito familiar. No obstante y aún cuando no se hace constancia por el momento de este hecho, la Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional modificó el artículo 154 del Código Civil español precisando que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a su integridad física y psicológica, lo que excluye todo maltrato corporal del menor en el ámbito familiar.

⁷³ A tal respecto se cita el asunto *Centro Europeo de Derechos de los Romaníes c. Italia*, Reclamación nº 27/2004, decisión de 7 de diciembre de 2005, §23.

V. LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN EL SISTEMA DE LA UNIÓN EUROPEA. LAS VENTANAS QUE ABREN LA JURISPRUDENCIA ASÍ COMO LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y SUS EXPLICACIONES

1. El modelo social de los Tratados constitutivos. La armonización mínima y los acuerdos colectivos comunitarios como instrumentos jurídicos del modelo social de la Unión Europea.

Salvo la referencia a la Carta de Turín de 1961 en el preámbulo del Acta Única Europea de 1986, obviada inexplicablemente por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht (TUE), la función fundamental de los derechos sociales en el proceso de integración de la Europa comunitaria no ha sido expresamente reconocida en la parte dispositiva de sus tratados constitutivos hasta la aprobación del Tratado de Ámsterdam de 1997. En todo caso se ha de recordar que la Carta Social Europea, a diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, no aparece referenciada en el artículo 6.2 del TUE relativo a los derechos fundamentales como principios generales del derecho comunitario integrantes del “bloque de constitucionalidad” configurador de los parámetros de legalidad del derecho de la Unión Europea como reiteradamente ha proclamado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, garante último de dicha conformidad⁷⁴. No obstante y de acuerdo con el artículo 6.2 TUE, los derechos sociales integrarían, vía principios generales, este bloque de legalidad constitucional en la medida en que sean comunes a las distintas tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

Desde Ámsterdam y hasta el actual Tratado de Niza de 2001, no sólo el Preámbulo del Tratado de la Unión Europea confirma la adhesión de las Comunidades a los derechos sociales fundamentales tal y como se definen en la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, sino que el artículo 136 del TCE, dentro del Título XI dedicado a la «*Política social, de educación, de formación profesional y de juventud*», dispone que «la Comunidad 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». Para tal fin, el artículo 137 del Tratado de Niza amplía las competencias de coordinación de la Comunidad Europea con respecto a las políticas estatales en ámbitos como el entorno del trabajo para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores, la seguridad social y la protección social, la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato

⁷⁴ Cfr. asunto *Kadi* pars.284-285 de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008, asuntos C-402/05 P y C-415/05 P.

laboral, la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios incluida la cogestión, las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Comunidad, la integración de las personas excluidas del mercado laboral, la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado de trabajo y al trato en el trabajo, la lucha contra la exclusión y la modernización de los sistemas de protección social. Quedan excluidos de esta disposición, los temas relativos a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga y al derecho de cierre patronal que siguen siendo competencia exclusiva de los Estados miembros (art.137.5 TCE).

Si bien en ciertos ámbitos sociales de los anteriormente citados, la Comunidad Europea podrá dictar *directivas mínimas*, sin embargo esta legislación presenta más rasgos de coordinación que de armonización en la medida en que habrá de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros, en el respeto de la libertad de creación y desarrollo de las pequeñas y medias empresas, sin obstaculizar la competencia de los estados en la definición de los principios fundamentales de su sistema de seguridad social y su equilibrio financiero⁷⁵. A tal efecto el Comité Económico y Social Europeo ha estimado respecto a la Agenda Social Renovada presentada por la Comisión que la dimensión social de Europa debería concretarse en un verdadero programa de acción social, “en una cooperación positiva entre los Estados miembros y no en una competencia en una carrera de mínimos en cuanto a derechos sociales, protección social y condiciones de trabajo”⁷⁶.

⁷⁵ Entre la normativa comunitaria sobre política de empleo y política social puede citarse la siguiente: Directiva 89/391/CEE 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 (*DO L 183* de 29 de junio de 1989); Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo (*DO L 216* de 20 de agosto de 1994); Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO L 145* de 19 junio de 1996); 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 (*DO L 18* de 21 de enero de 1997); Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (*DO L 14* de 20 de enero 1998); 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 L 225* de 12 de agosto de 1998); Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea - Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión relativa a la representación de los trabajadores (*DO L 80* de 23 de marzo de 2002); 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 (*DO L 299* de 18 de noviembre de 2003); Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*DO L 283* de 28 de octubre de 2008); Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal (*DO L 327* de 5 de diciembre de 2008). Los distintos actos y la normativa comunitaria sobre política social y de empleo puede consultarse en la siguiente dirección electrónica (junio 2009): <http://eur-lex.europa.eu/es/legis/latest/chap0520.htm> y <http://europa.eu/scadplus/leg/es/s02300.htm>.

⁷⁶ Vid. Dictamen CESE 48/2009 sobre la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones – “Agenda Social Renovada: Oportunidades,

Además, el artículo 140 fortalece la competencia de coordinación de la Comisión en los ámbitos de empleo –sin olvidar el Título VIII del TCE (arts.125-130) dedicado específicamente a la política de empleo–, de derecho del trabajo y condiciones del trabajo, de formación y perfeccionamiento profesionales, de seguridad social, de protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, de higiene en el trabajo e, incluso, de derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores. En cuanto al procedimiento normativo se presta especial atención a los *acuerdos colectivos derivados de la consulta con los interlocutores sociales* que se incardinarán en decisiones – de hecho, en directivas– comunitarias (arts.138 y 139), acuerdos que pueden referirse incluso a ámbitos no sujetos al artículo 137 TCE (primera modalidad de acuerdos del art.139.2). Al margen de la primera modalidad de acuerdos colectivos del artículo 139.2 antes referida a los que el texto comunitario niega todo efecto directo⁷⁷, en el asunto *Impact* (2008) y en relación con el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha precisado que estos acuerdos marcos, al igual que sucede con las directivas, resultan aptos para producir *efectos directos* y ser invocados por los particulares ante las autoridades nacionales, incluidas las judiciales, siempre y cuando las disposiciones de que se trate resulten ser, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y suficientemente precisas. La jurisprudencia acerca del efecto directo de las directivas y sus consecuencias (*interpretación conforme e indemnización*)⁷⁸ puede, pues, trasladarse a estos acuerdos colectivos comunitarios que como el Acuerdo marco invocado “han nacido de un diálogo mantenido sobre la base del artículo 139 CE, apartado 1, entre los interlocutores sociales en el ámbito comunitario y han sido aplicados, conforme al apartado 2 de este artículo, mediante una directiva del Consejo de la Unión Europea, de la que, entonces, forman parte”⁷⁹.

Finalmente, el artículo 141 TCE dispone específicamente que cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor que viene a reforzar,

acceso y solidaridad en la Europa del Siglo XXI”, Ponente Sra. REGNER, Coponente, Sr. PEZZINI, (SOC/315) de 14 de enero de 2009, punto 3.4 y Dictamen CESE sobre el tema “Por un nuevo Programa europeo de acción social”, ponente, Sr. OLSSON (SOC/295; CESE 1209/2008) de 9 de septiembre de 2008, punto. 4.1.

⁷⁷ Respecto a esta modalidad de acuerdos y conforme a la Declaración nº 27 sobre el apartado 2 del artículo 139 aneja al TUE por el Tratado de Ámsterdam relativa a los convenios colectivos, se precisa que las Altas Partes Contratantes declaran que tal modalidad de acuerdos celebrados entre interlocutores sociales a escala comunitaria no implica que los Estados miembros estén obligados a aplicar de forma directa dichos acuerdos o a elaborar normas de transposición de los mismos, ni a modificar la legislación nacional vigente para facilitar su ejecución. Sobre el artículo 139 vid. el comentario que al mismo se realiza por DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C., en *Derecho de la Unión. Textos y Comentarios*, McGraw-Hill Madrid, 2001, pp.238-239.

⁷⁸ Sobre la eficacia directa de las directivas vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos Madrid, 2005, pp.392-423.

⁷⁹ Vid. Sentencia del TJCE de 15 de abril de 2008, asunto C-268/06, pars. 56-58. Vid. asimismo, el asunto *Angelidaki y otros*, STJCE de 23 de abril de 2009, asuntos acumulados C-378/07 a C-380/07, pars.106 y 197-207.

en este ámbito, el principio de no discriminación del artículo 13 TCE⁸⁰. No obstante y a pesar de estos significativos avances, se puede seguir manteniendo que los Tratados Comunitarios no otorgan a la Unión Europea ni los poderes ni los instrumentos necesarios para la instauración de una verdadera *política social común* que permita a la entidad comunitaria definir los contenidos prestacionales mínimos que deben respetarse uniformemente en todos los países de la Unión⁸¹ y, en todo caso, las referencias sociales incorporadas, incluidas las relativas a la Carta Social Europea, no instituye un catálogo de derechos sino que sirven exclusivamente para establecer los objetivos comunitarios en política social⁸².

Por su parte, la extra-estatutaria y proclamada, aunque no jurídicamente vinculante (sin perjuicio de generar otros efectos normativos, en particular, vía interpretativa), Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) adoptada en 2001 dedica su Título IV a la “Solidaridad” para referirse esencialmente a los derechos y principios sociales⁸³, sin olvidar los derechos sociales que se incardinan en otros Títulos como el derecho de sindicación, el derecho a la educación, la libertad profesional y el derecho a trabajar ubicados en el Título II relativo a las “Libertades”, así como el principio de igualdad entre mujeres y hombres, los derechos del niño, los derechos de las personas mayores y la integración de las personas discapacitadas que aparecen regulados en el Título III relativo a la “Igualdad”.

El Tratado de Lisboa adoptado el 13 de diciembre de 2007⁸⁴ no introduce sobre esta materia novedades estructurales relevantes. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea mantiene la regulación anterior con apenas modificaciones en su Título IX relativo al Empleo (arts.145-150) y el Título X relativo a la Política social (arts.151-166). Por otro lado y conforme a su artículo 5, la política de empleo y las políticas sociales son calificadas como competencias de coordinación de la Unión Europea lo que implica un grado superior, al menos en cierta armonización (mediante las directivas mínimas y progresivas así como los acuerdos sociales marco), respecto de las

⁸⁰ *Entre la última normativa adoptada vid.* Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (*DO L 204 de 26.7.2006*).

⁸¹ Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J.F., y ÁLVAREZ GARCÍA, V., “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar”, en *Las Estructuras del Bienestar en Europa*, MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L., GONZÁLEZ SEARA, L., (Dir.), *op. cit.*, pp.325-408, en particular, pp. 367-392, dedicadas a la «Política social de la Unión Europea».

⁸² Vid. ILIOPOULOS-STRANGAS, J. “La Charte des Droits Fondamentaux de l’Union Européenne face à la protection constitutionnelle des droits sociaux dans les États membres”, en *Droits Sociaux et Droit Européen. Bilan et Prospective de la Protection Normative*, *op.cit.*, p.19.

⁸³ Dicho Título se integra por los arts. 27 a 38 que enuncian los siguientes derechos o principios: derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, derecho de negociación y de acción colectiva; derecho de acceso a los servicios de colocación; protección en caso de despido injustificado; condiciones de trabajo justas y equitativas; prohibición del trabajo infantil y protección los jóvenes en el trabajo; vida familiar y vida profesional; seguridad social y ayuda social; protección de la salud; acceso a los servicios de interés económico general; protección del medio ambiente y protección de los consumidores

⁸⁴ *DOUE n° C 115* de 9 de mayo de 2008.

competencias complementarias enunciadas en el artículo 6 que, conforme al artículo 2, no podrán conllevar armonización alguna de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. No obstante y conforme a la Declaración 31 relativa al artículo 156 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo artículo 140 TCE), se confirma que las políticas sociales descritas en dicha disposición son en esencia competencia de los Estados y que las medidas de fomento y coordinación que puedan tomarse a escala de la Unión revisten un carácter complementario en el sentido de que pretende reforzar la coordinación de los Estados miembros y no armonizar los sistemas nacionales sin que las garantías y los usos vigentes en cada Estado miembro en lo referente a la responsabilidad de los interlocutores sociales se puedan ver afectadas.

Sin embargo en cuanto objetivos, el Tratado de la Unión Europea de Lisboa se pronuncia en términos sociales más ambiciosos, quizá debido al déficit y dumping sociales invocados durante el refrendo del finalmente non-nato Tratado constitucional. En este sentido, el TUE lisboeta además de mantener la referencia preambular a la Carta Social Europea de Turín de 1961, asume en su artículo 3 como finalidad de la Unión el establecimiento de una economía social de mercado altamente competitiva tendente al pleno empleo y al progreso social. Asimismo se declara que la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación, el fomento de la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. Eso sí, tales objetivos se alcanzará de acuerdo con las competencias atribuidas en los respectivos Tratados constitutivos.

2. Las posibles corrientes de progreso que pueden surgir de las ventanas que abren la jurisprudencia comunitaria, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y sus Explicaciones (si el Tratado de Lisboa entra en vigor).

No obstante lo anterior, algo se mueve en el sistema de la Unión Europea que puede devenir en avances en el progreso del modelo social europeo o, en su caso, en un retroceso o una profunda decepción. En primer lugar a través de la jurisprudencia del TJCE y el papel otorgado a los derechos sociales y, en particular, a la Carta Social Europea, aun cuando decisiones jurisprudenciales como las citadas a continuación, en particular los asuntos *Laval* y *Viking*, hayan sido duramente criticadas precisamente porque a pesar de sus bienintencionadas declaraciones a favor de los derechos sociales, son analizadas como un retroceso en el modelo social europeo, exigiéndose al respecto la actualización de las directivas sociales para que otorguen una mayor certidumbre jurídica social en la construcción del mercado interior o, en su caso, una mayor armonización de las políticas sociales a nivel comunitario⁸⁵. El Comité Económico y Social Europeo ha estimado que debe reaccionarse ante esta jurisprudencia de manera proporcionada presentando distintas alternativas sobre la manera de resolver las contradicciones que pudieran existir entre las libertades fundamentales del mercado único, por un lado, y los derechos fundamentales, por otro, dejando claro que ni las libertades económicas ni las normas sobre competencia tienen primacía frente a los

⁸⁵ Vid. al respecto el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema “La dimensión social y medioambiental del mercado interior”, ponente ANDRZEJ ADAMCZYK (INT/416-CESE 36/2009 de 14 de enero).

derechos sociales fundamentales⁸⁶. Debate sobre el que la propia Comisión Europea ha ofrecido su mediación entre los interlocutores sociales y los Estados miembros a través de la Agenda Social Renovada⁸⁷.

Si bien es verdad que el TJCE desde hace tiempo ha proclamado que la Comunidad no es exclusivamente una unión económica sino que también persigue objetivos sociales, ha generado una importantísima “jurisprudencia social no discriminatoria” y ha hecho referencia incidentalmente a la Carta Social Europea⁸⁸, hasta muy recientemente el sistema de la Carta Social Europea no era examinado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo como parámetro de legalidad comunitaria⁸⁹, eludiendo en todo caso la “jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales” que resulta hasta el momento inexistente en los razonamientos del Tribunal comunitario. En contraste, el Comité Europeo de Derechos Sociales obviamente ha examinado la práctica de los Estados parte en el sistema de la Carta Social en función de la normativa comunitaria vinculante para los mismos, incluyendo la jurisprudencia del TJCE⁹⁰, precisando, no obstante, que cuando los Estados deban transponer las directivas comunitarias lo han de hacer de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud de la Carta Social Europea⁹¹.

Esta tendencia de la jurisprudencia comunitaria ha virado con motivo del asunto *Laval & Partneri Ltd* resuelto por la Gran Sala del Tribunal el 18 de diciembre de 2007. En relación con la aplicación de 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, el TJCE reconoce la vinculación de la Comunidad a la normativa social declarada en el artículo 136 TCE, incluida la Carta Social Europea, concluyendo respecto a las medidas de conflicto colectivo que constituyen “un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”⁹². En consecuencia y en consideración a los objetivos relativos al “desarrollo armonioso, equilibrado y

⁸⁶ Vid. Dictamen CESE 48/2009 sobre la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones – “Agenda Social Renovada: Oportunidades, acceso y solidaridad en la Europa del Siglo XXI”, Ponente Sra. REGNER, Coponente, Sr. PEZZINI, (SOC/315) de 14 de enero de 2009, puntos 1.9 y 4.10.

⁸⁷ COM(2008)412 final, pp.11-13.

⁸⁸ Desde las Sentencias *Defrenne III* de 15 de junio de 1978, asunto C-149/77 y *Blaizot* de 2 de febrero de 1988, asunto C- 24/86, a la más reciente Sentencia *Maruko* de 1 de abril de 2008 resuelta por la Gran Sala del Tribunal de Justicia (asunto C-267/06). Vid. sobre esta cuestión, LENAERTS, K. y FOUBERT, P., “Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice”, en *Social, Economic and Cultural Rights. An Appraisal of Current European and International Developments*, PETER VAN DER AUWERAERT y otros (Eds.), Antwerp/Apeldoorn, Maklu 2002, pp.267-296.

⁸⁹ Sobre esta cuestión vid. L. JIMENA QUESADA, *Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, op. cit., p.41; FLAUSS, J-F., “Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux”, en *Droits Sociaux et Droit Européen*, op.cit., pp.104-112,

⁹⁰ Cfr. Conclusiones XVIII-1, Tomo 2, p.828 y Conclusiones XVI-2, Tomo 1, p.290.

⁹¹ Cfr. Conclusiones XVI-1, p.27. Sobre esta cuestión vid. AKANDJI-KOMBÉM J-F., “Charte Sociale et Droit Communautaire” en *La Charte Sociale Européenne*, AKANDJI-KOMBE, J-F y LECLERC S. (Ed.), op.cit., pp.149-177, en particular, p.160.

⁹² Cfr. apartado 91 de la Sentencia del TJCE, asunto C-341/05.

sostenibles de las actividades económicas” y la consecución de “un alto nivel de empleo y de protección social” proclamados en el artículo 2 TCE, se afirma que los *derechos sociales pueden constituir una restricción justificada a las libertades económicas fundamentales garantizadas en el Tratado en aras a equiparar –por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social–, los objetivos de la política social (art.136 TCE) con los éxitos de la política económica comunitaria*. En concreto se declara que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social* puede constituir una razón imperiosa de interés general que puede justificar, en principio, una restricción a la libertad de prestación de servicios del artículo 49 TCE⁹³. Pocos días antes en el asunto *Viking* el TJCE, tras hacer referencia al derecho de huelga como medida de conflicto colectivo reconocido en la Carta Social Europea, ya había declarado que dado que “la Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social, deben sopesarse los derechos derivados de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales en relación con los objetivos perseguidos por la política social, entre los que figuran, en particular, como se indica en el artículo 136 CE, párrafo primero, 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 y el diálogo social”⁹⁴.

Asimismo en el asunto *Impact* (2008), al entender la Gran Sala del TJCE que los términos del principio de no discriminación enunciados en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada inserto en la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio –en particular, sobre si las condiciones de trabajo de un contrato incluyen las relativas a la retribución y a las pensiones a los efectos de no discriminación–, no permitían dirimir la cuestión objeto de la cuestión prejudicial planteada, procede a una interpretación contextual y teleológica para lo que acude, entre otros elementos interpretativos, al artículo 20 de la Carta Social Europea que reconoce el derecho de todos los trabajadores a una “remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”. Habida cuenta de estos objetivos, entiende el TJCE que la cláusula 4 del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que expresa un principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera restrictiva⁹⁵ y por consiguiente se concluye que las condiciones de trabajo a las que se refiere dicha cláusula incluyen las condiciones relativas a la retribución y a las pensiones que dependen de la relación de trabajo.

El segundo paso relevante del posible progreso social al que anteriormente se aludía resulta condicionado por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la virtualidad

⁹³ Cfr. *ibid.* apartados 101-111 de la Sentencia. Sobre esta decisión vid. el comentario de DE LA CUADRA-SALCEDO JANINI, T., en *RDCE* núm.31, 2008, pp.835-848 y JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, *RDCE* núm.28, 2007, pp.802-813.

⁹⁴ Vid. *International Transport Workers’ Federation y Finnish Seamen’s Union*, STJCE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, pars. 43 y 78-79

⁹⁵ STJCE (Gran Sala) de 15 de abril de 2008, asunto 268/06, pars. 110-114.

jurídica de derecho originario/constitucional que este Tratado otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión. Si bien, por el momento, no se prevé la adhesión de la UE al sistema de la Carta Social Europea⁹⁶ a diferencia de la previsión de adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950 (art.6.2), el artículo 6.1 del TUE dispone que la Unión “reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Además se indica que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del artículo VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación, teniendo debidamente en cuenta las Explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones. Finalmente, el artículo 52.7 de la propia Carta precisa que las Explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la presente Carta serán debidamente tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

Así pues, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, incluyendo su dimensión social inspirada directamente en el sistema convencional de la Carta Social Europea, se convierte en uno de los parámetros de “constitucionalidad” de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión así como de los actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión (51.1), con las salvedades excluyentes que incorporan las protocolarias reservas consensuadas respecto del Reino Unido y de la contradictoria Polonia que afectan, entre otros derechos, particularmente a los derechos y principios sociales⁹⁷. Es más en la labor interpretativa y de aplicación que se deba efectuar a tal efecto, se habrán de tener en cuenta las Explicaciones a las que se hace referencia en la Carta y *precisamente en estas Explicaciones se incluye no sólo el*

⁹⁶ Sobre esta posibilidad resulta de interés el documento de trabajo de DE SCHUTTER, O., “L’adhésion de l’Union Européenne à la Charte Sociale européenne révisée”, European University Institute, Badia, Fiesolana, 2004.

⁹⁷ En concreto, el *Protocolo nº 30 sobre la Aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido* además de indicar que la Carta no amplía la competencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni de ningún órgano jurisdiccional de Polonia o del Reino Unido para apreciar que las disposiciones legales o reglamentarias o las disposiciones, prácticas o acciones administrativas de Polonia o del Reino Unido sean incompatibles con los derechos, libertades y principios fundamentales que reafirma, *precisa que en particular, y a fin de no dejar dudas, nada de lo dispuesto en el Título IV de la Carta, relativo a los derechos sociales enmarcados bajo la categoría “Solidaridad”, crea derechos que puedan defenderse ante los órganos jurisdiccionales de Polonia o del Reino Unido, salvo en la medida en que Polonia o el Reino Unido hayan contemplado dichos derechos en su legislación nacional*. Después de tal afirmación de principios, Polonia reniega parcialmente de dicho Protocolo incorporando la Declaración 62 en la que, teniendo presente la tradición del movimiento social “Solidaridad” y su notable contribución a la lucha por los derechos sociales y del trabajo, declara que respeta plenamente esos derechos, según se establecen en el Derecho de la Unión, y en particular los que se reafirman en el título IV de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”. Sobre las particularidades del Protocolo nº 30 vid. FERNÁNDEZ TOMÁS, A. F., “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión tras el Tratado de Lisboa. Limitaciones a su eficacia y alcance general por el Protocolo para la aplicación de la Carta al Reino Unido y Polonia” y PASTOR PALOMAR, A., “La regla *inclusio unius exclusio alterius* y la Carta de los Derechos Fundamentales: Polonia, el Reino Unido y otros”, en *El Tratado de Lisboa. La Salida de la Crisis Constitucional*, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., (Coord.), AEPDIRI, Iustel, Madrid 2008, pp. 119-149 y 159-178, respectivamente.

contenido de la Carta Social Europea de Turín de 1961, que ha sido ratificada por la casi totalidad de los Estados miembros de la UE, sino también las disposiciones de la Carta Social Europea revisada de 1996 (incluyendo sus Anexos y comentarios) que como anteriormente se ha indicado sólo ha sido ratificada por un reducido número de Estados miembros. Así pues, ¿podemos entender que la Unión Europea y sus Estados miembros al ratificar el Tratado de Lisboa asumen compromisos sociales por referencia exegética que no han asumido en el marco convencional originario que los contiene? En principio la respuesta necesariamente ha de ser afirmativa pues conforme al Derecho internacional general nada impide tal efecto, siempre y cuando la incorporación se ajuste a los criterios y condiciones previstas en la remisión, en este caso, en la medida en que sus disposiciones son referenciadas en las Explicaciones anejas a la Carta y como criterio interpretativo que habrán de tener en cuenta los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea y de los Estados miembros⁹⁸.

En concreto las Explicaciones hacen referencia a la Carta Social Europea revisada cuando comentan los siguientes artículos de la CDFUE: el artículo 23 relativo a la igualdad entre mujeres y hombres; el artículo 25 sobre los derechos de las personas mayores; el artículo 30 que prevé la protección en caso de despido injustificado; el artículo 31 sobre las condiciones de trabajo justas y equitativas; el artículo 33.2 cuando en el marco del derecho a la vida familiar y vida profesional se refiere al artículo 27 de la Carta Social Europea revisada, relativo al derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades, para fundamentar el derecho de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño. Finalmente se citan los artículos 30 y 31 de la Carta Social Europea revisada respecto del párrafo 3 del artículo 34 CDFUE relativo a la Seguridad social y ayuda social, en concreto y con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, sobre el derecho a una ayuda social y a una ayuda a la vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales.

Así pues, como ha indicado la profesora MANGAS MARTÍN respecto de las ventanas que abren las Explicaciones incorporadas, “la Carta es sólo en apariencia un texto sencillo; tiene tras de sí todo un gran edificio jurídico y jurisprudencial que satisface la exigencia de rigor y precisión de la práctica jurídica”⁹⁹. A tal efecto, los derechos y principios del sistema convencional de la Carta Social Europea no tienen en la actualidad un contenido general y abstracto, sino que, como ya hemos advertido, la concreción y delimitación de tales derechos a través de las técnicas propias del sistema

⁹⁸ Sobre esta técnica vid. REMIRO BRONTONS, A. RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp.590-591; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La incorporación por referencia en el Derecho de los tratados”, *REDI* 1985-1, pp.7-40.

⁹⁹ Vid. la Introducción de MANGAS MARTÍN, A., en la monografía *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario Artículo por Artículo*, MANGAS MARTÍN, A. (Dir.), Fundación BBVA, Bilbao, 2008, pp.69-70.

ha correspondido a la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos Sociales que si bien no es citada en las Explicaciones (a diferencia de la jurisprudencia del TEDH), ni ha sido tenida en cuenta por el momento por el TJCE, sin embargo en el futuro interpretativo y ejecutivo de la CDFUE deberá cobrar un papel primordial como interpretación auténtica y complementaria de los derechos sociales reconocidos en la misma, pues el sistema de control y garantía social instaurado por el marco convencional resulta consustancial e indivisible con el sistema normativo de la Carta Social establecido por el Consejo de Europa.

En este sentido, en el comentario a la CDFUE realizado por la *Red de Expertos Independientes de la Unión Europea en materia de Derechos Fundamentales*, creada por la Comisión Europea a propuesta del Parlamento Europeo¹⁰⁰, se hace especial referencia a la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos sociales (incluida la derivada de las reclamaciones colectivas presentadas en virtud del Protocolo Adicional de 1995) en ámbitos como: el derecho al trabajo¹⁰¹; los derechos de las personas mayores, respecto de los cuales se resalta que en ausencia de una convención internacional específica consagrada a estos derechos, la regulación prevista en el sistema de la Carta Social Europea constituye el principal instrumento internacional para delimitar el contenido del artículo 25 de la Carta de derechos fundamentales de la UE¹⁰²; la integración de las personas discapacitadas¹⁰³; el derecho de acceso a los servicios de colocación¹⁰⁴; la protección en caso de despido injustificado, que implica necesariamente de conformidad con el artículo 24 de la Carta Social Europea revisada y la jurisprudencia del CEDS tres elementos de protección esenciales: la exigencia de un motivo válido de despido, derecho a una reparación adecuada y derecho a un recurso efectivo¹⁰⁵; condiciones de trabajo justas y equitativas¹⁰⁶; y la prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo¹⁰⁷.

Es verdad que la CDFUE, tal y como machaconamente se reitera tanto en el Tratado de Lisboa (art.6.1 TUE, Declaración relativa a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y Declaración de la República Checa a la mencionada Carta) así como en la propia Carta (art.51.2), no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de esta organización ni crea ninguna competencia o misión

¹⁰⁰ Este comentario puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/rights/charter/docs/network_commentary_final%20_180706.pdf

¹⁰¹ Vid. comentario del artículo 15 CDFU realizado por SPIELMANN, D., pp.149-157.

¹⁰² Vid. comentario del artículo 25 CDFU realizado por VAN GOETHEM, V., bajo la supervisión de DE SCHUTTER, O., pp.216-223.

¹⁰³ Vid. comentario del artículo 26 CDFU realizado por VAN GOETHEM, V., bajo la supervisión de DE SCHUTTER, O., pp.224-232.

¹⁰⁴ Vid. comentario del artículo 29 CDFU realizado por VAN GOETHEM, V., bajo la supervisión de DE SCHUTTER, O., pp.244-249.

¹⁰⁵ Vid. comentario del artículo 30 CDFU realizado por VAN GOETHEM, V., bajo la supervisión de DE SCHUTTER, O., pp.250-266.

¹⁰⁶ Vid. comentario del artículo 31 CDFU realizado por VAN GOETHEM, V., bajo la supervisión de DE SCHUTTER, O., pp.267-279.

¹⁰⁷ Vid. comentario del artículo 32 CDFU realizado por GOLDEN, I., bajo la supervisión de NOWAK, M., pp.280-292.

nuevas para la Unión ni modifica las competencias definidas en los Tratados. Los derechos y principios sociales son, pues, los reconocidos en los propios Tratados constitutivos y en la medida en que se reconocen. No obstante la efectividad jurídica de los derechos sociales, así como su justiciabilidad, no sólo depende de los literales tenores competenciales declarados en los textos constitutivos de la UE, sino también de otros parámetros jurídicos de especial relevancia en el Derecho de la Unión como son los principios de no discriminación o de lealtad comunitaria así como la técnica jurídica de interpretación conforme fundamentada en la primacía y eficacia directa del ordenamiento de la Unión así como en otras consideraciones referidas al efecto útil, la buena fe, la confianza legítima etc.¹⁰⁸ A tal efecto resulta de interés la jurisprudencia del TJCE sentada principalmente en los asuntos *Del Cerro Alonso* (2007)¹⁰⁹ e *Impact* (2008)¹¹⁰ que si bien entiende que conforme al artículo 137.5 del actual TCE las autoridades nacionales siguen siendo las únicas competentes para fijar las remuneraciones de los trabajadores, sin embargo dichas remuneraciones sí que pueden ser examinadas a efectos de evaluar el principio de no discriminación en las condiciones de trabajo que es asumido por el Tribunal de Justicia, con referencia expresa a la Carta Social Europea, como un *principio de Derecho social comunitario que no puede ser interpretado de manera restrictiva*¹¹¹.

VI. CONCLUSIONES

Entre una Europa que hace equilibrios con el concepto de “flexiguridad” y otra que aspira a conciliar la realización de su mercado interior con la garantía de los derechos sociales (posponiendo directivas como la relativa a la jornada laboral de 65 horas), la Carta Social Europea (revisada) del Consejo de Europa se presenta como la base idónea para garantizar tales equilibrios y conciliaciones. No obstante, su potencialidad armonizadora no puede hacerse depender de su propia naturaleza convencional relativa, fragmentada e insuficientemente garantizada. Resulta necesario, además de un mayor conocimiento de este sistema que le saque de su ostracismo referencial y de una mayor aceptación cuantitativa y cualitativa por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa y de la Unión Europea, que el sistema de la Carta Social Europea se engarce en los sistemas constitucionales de los Estados miembros y se incardine sustantivamente en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. De ahí la importancia de los reconocimientos de este sistema social europeo por parte de las más altas instancias judiciales nacionales (en particular, las constitucionales), de los pronunciamientos del TJCE acerca de la protección de los derechos sociales como razón imperiosa de interés general en la ponderación de las libertades económicas o de las previsiones solidarias de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y en este proceso interactivo de creación de un modelo social europeo compartido ha de tener necesariamente cabida la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos Sociales.

¹⁰⁸ Vid. la conclusión de VAN GOETHEM, V., al artículo 25 de la CDFUE en relación con el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada, *loc.cit.* p.223.

¹⁰⁹ STJCE (Sala Segunda), de 13 de septiembre de 2007, asunto C-307/05.

¹¹⁰ STJCE (Gran Sala) de 15 de diciembre de 2008, asunto C-268/06.

¹¹¹ Cfr. par.38 de la Sentencia *Del Cerro Alonso* y par. 114 de la Sentencia *Impact*.