

EL ÚLTIMO BASTIÓN EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA CARTA SOCIAL EUROPEA *

LUIS JIMENA QUESADA **

Resumen: El presente artículo defiende la necesidad de poner el punto de mira en el esencial, pero inutilizado (especialmente en España), “Pacto Europeo de Democracia Social” (en particular, la Carta Social Europea y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales), con objeto de garantizar mejor los derechos sociales. Desde este punto de vista, el autor sugiere que la potencial justiciabilidad, sin efectividad real, carece de sentido. De modo análogo, el discurso sobre la indivisibilidad de los derechos humanos queda vacío si no se tiene en cuenta la indivisibilidad de sus garantías. En este sentido, el trabajo proporciona ejemplos de impacto práctico de decisiones adoptadas por el Comité a través de desarrollos recientes en España y de su jurisprudencia en el marco del mecanismo judicial de reclamaciones colectivas. Finalmente, el autor pone el acento en la idea de reforzar las sinergias positivas entre los niveles nacionales e internacionales de protección.

Palabras clave: Comité Europeo de Derechos Sociales, justiciabilidad y efectividad, sinergias positivas, indivisibilidad, reclamaciones colectivas.

Abstract: This article argues the need to focus on the essential, but underexploited (especially in Spain), “European Pact for Social Democracy (in particular the European Social Charter and the case law of the European Committee of Social Rights), in order to better guarantee social rights. From this point of view, the author suggests that potential justiciability, without real effectiveness, is meaningless. Similarly, the discourse on indivisibility of human rights is empty without taking into account the indivisibility of their guarantees. In this sense, the essay provides examples of the practical impact of the decisions adopted by the Committee through recent developments in Spain and its case law in the framework of the judicial collective complaint mechanism. Finally, the author emphasizes the idea of strengthening positive synergies between national and international levels of protection.

Keywords: European Committee of Social Rights, justiciability and effectiveness, positive synergies, indivisibility, collective complaints.

SUMARIO: I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EFECTIVIDAD E IMPACTO PRÁCTICO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (CSE); II. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL COMITÉ

* Ponencia impartida el 20 de febrero de 2014 en las XIV Jornadas RJUAM 2014.

** Presidente del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa; Catedrático de Derecho Constitucional (Universitat de València).

EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES (CEDS) EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS; 1. La jurisprudencia sobre medidas anticrisis de austeridad; 2. La jurisprudencia sobre aspectos cubiertos asimismo por el Derecho de la UE; III. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CEDS EN EL MARCO DEL SISTEMA DE INFORMES: REFERENCIA PARTICULAR A ESPAÑA; 1. Las conclusiones formales de no conformidad; 2. La conclusión sustancial de no conformidad referente a la asistencia sanitaria de personas extranjeras; IV. REFLEXIONES FINALES: REFERENCIA AL ALCANCE DE LA CSE Y AL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CEDS EN EUROPA Y EN ESPAÑA.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS: EFECTIVIDAD E IMPACTO PRÁCTICO DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (CSE)

De entrada, debo advertir la siguiente paradoja: la Carta Social Europea (CSE) es el primero y más importante instrumento europeo vinculante de derechos sociales y, en cambio, la “obsesión” (también, y sobre todo, “académica”) por reconducir desacertadamente la protección básica de los derechos sociales a su justiciabilidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha provocado en la praxis un déficit garantista sólo susceptible de ser compensado si se reconoce a la CSE, no como la panacea, pero sí al menos como último bastión en la defensa de tales derechos.

Como es sabido, la CSE pasa por ser el “Pacto Europeo de Democracia Social”, como tratado básico de derechos sociales y laborales de la organización pan-europea por excelencia, el Consejo de Europa, y cuenta como instancia máxima de garantía con el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS); se trata del complemento “natural” (en términos de indivisibilidad e igual importancia de todos los derechos) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), cuyo “guardián” es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En este panorama, todavía sigue habiendo inaceptables asimetrías en la *Europa social*: entre los Estados miembros del Consejo de Europa (cuarenta y siete) que han aceptado la CSE (cuarenta y tres) y los que no (todavía siguen con dicha asignatura pendiente Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza); entre los Estados que han ratificado la CSE revisada de 1996 y los que todavía seguían vinculados por la CSE original de 1961; y entre los que han aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas (quince) y todos los demás.

Dicho lo cual, la actividad interpretativa del CEDS ha compensado esa débil voluntad política (que se ha manifestado tanto en la parca asunción de esos compromisos normativos europeos sobre derechos sociales como, correlativamente, en la adopción de controvertida legislación “anticrisis” impregnada de austeridad y recortes en algunos países). Como hitos recientes más destacados en tal sentido merecen avanzarse tres, a saber: en primer término,

la publicidad en 2013 de las últimas decisiones del CEDS adoptadas (en diciembre de 2012) contra Grecia con ocasión de las medidas de austeridad introducidas en dicho país bajo el “impulso” de la Troika; seguidamente y en conexión con lo anterior, nuevas decisiones del CEDS que han puesto de manifiesto otra vez la necesidad de profundizar en la dimensión social de la Unión Europea (UE) y, en tal dirección, de fortalecer las sinergias de ésta con el Consejo de Europa; y, en tercer lugar, la publicación en enero de 2014 de nuevas resoluciones (“conclusiones”) del CEDS que subrayan los aspectos deficitarios de la protección de los derechos sociales en España igualmente en el contexto de la crisis económica, con vulneraciones que han tenido gran impacto mediático por afectar a personas vulnerables, como la relativa a la asistencia sanitaria de personas extranjeras en situación irregular.

Si, en efecto, en estas líneas introductorias ponemos la mirada brevemente en España, hemos de continuar recordando que ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000; e insistiendo y denunciando que todavía sigue sin vincularse nuestro país por el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento) y por la CSE revisada de 1996 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000). Semejantes asignaturas pendientes resultan tanto más llamativas y, tal vez paradójicas, cuanto que España sí ratificó en cambio, el 23 de septiembre de 2010, el más reciente Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado por la Asamblea General en la emblemática fecha del 10 de diciembre de 2008, y mediante el que se establece un mecanismo de comunicaciones o denuncias individuales similar al instaurado a través de otros instrumentos de Naciones Unidas (Protocolos Facultativos al Pacto de Derechos Civiles y Políticos o a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, o el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial). España fue de tal suerte el tercer país (y primero europeo) en ratificar ese Protocolo (antes lo hicieron Ecuador y Mongolia), que ganó vigencia a partir del 5 de mayo de 2013 tras alcanzarse la décima ratificación requerida (la de Uruguay, el 3 de febrero de 2013). Con dicha entrada en vigor (es complejo efectuar disquisiciones sobre si las autoridades españolas tenían en mente que las diez ratificaciones exigidas serían o no alcanzadas en un plazo razonable o se iban a demorar “cómodamente”, o sobre el impacto que se atribuye a dicho Protocolo), lo bien cierto es que la posición de España se perfila netamente endeble y contradictoria al rehusar vincularse por el procedimiento de reclamaciones colectivas ante el CEDS.

Con estas pinceladas preliminares, es menester recordar asimismo que la jurisprudencia del CEDS adquiere la forma de “conclusiones” en el caso de la interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes establecido mediante la Carta de 1961 y de “decisiones de fondo” en el supuesto de la interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento de reclamaciones colectivas introducido a través del Protocolo de 1995. Debe añadirse, por consiguiente, que el compromiso internacional de los Estados Partes con respecto a la Carta Social Europea (la de 1961 y la revisada de 1996) comporta el carácter vinculante no sólo de las disposiciones de ella, sino también de la jurisprudencia emanada

del CEDS en ambos sistemas (el de informes y el de reclamaciones colectivas). De hecho, ambos sistemas se retroalimentan, lo cual se manifiesta en que el CEDS se inspira y cita en sus “decisiones de fondo” la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, paralelamente, se inspira y cita en sus “conclusiones” la más reciente jurisprudencia desarrollada a través de la resolución de las reclamaciones colectivas. Por lo demás, y al hilo de lo acabado de reseñar, debe recalcar esta noción moderna de “jurisprudencia” del CEDS (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en el sitio web de la Carta Social Europea –www.coe.int/socialcharter), es decir, de *juris-dictio* o de “decir el Derecho” contenido en la Carta Social Europea con carácter último.

Para completar este apartado introductorio he de incidir en lo resaltado al inicio: los universitarios somos responsables de “obsesionarnos” con determinados instrumentos no siempre idóneos para el tratamiento de situaciones vulnerables y de derechos sociales y, al contrario, descuidamos o ignoramos otros instrumentos más adecuados y efectivos: en diversas ocasiones he criticado esa “obsesión convencional” (por el CEDH y por el TEDH). Así, se impone desde ya denunciar dos enfoques, en mi opinión equivocados y sesgados, que no obstante han estado y siguen estando arraigados en las contribuciones científicas universitarias que se han ocupado de los instrumentos jurídicos de defensa de los derechos sociales, a saber: de un lado, el teórico exclusivo mayor coste de los derechos sociales; y, de otro lado, la supuesta alergia de los derechos sociales a su justiciabilidad y articulación jurídica inmediatas. Ambos enfoques constituyen auténticas falacias, puestas de manifiesto de manera más ostensible por la crisis económica y financiera, puesto que:

- por una parte, ¿acaso no tiene coste económico alguno el ejercicio del derecho de manifestación, la satisfacción del derecho a un proceso justo o la financiación de una campaña electoral para la puesta en práctica del derecho de sufragio?; ¿acaso no debe realizarse un informe de “factibilidad” (*ex ante* y *ex post facto*) para la vigencia de cualquier norma jurídica, afecte a derechos cívico-políticos o a derechos socio-económicos?
- Y, por otra parte, la problemática de la justiciabilidad inmediata afecta no sólo a los derechos sociales, sino también a los derechos civiles: piénsese en las “sentencias-piloto” del TEDH sobre derecho a un proceso equitativo y los prolongados plazos de resolución (por ejemplo, contra Polonia y contra Italia), que no pueden ser ejecutadas inmediatamente, dado que responden a fallos materiales y estructurales del sistema judicial que precisan de una intensa reorganización y de un considerable flujo de recursos. Los informes anuales del Comité de Ministros del Consejo de Europa (institución encargada de velar por la ejecución tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS) sobre la supervisión de las sentencias del TEDH ilustran perfectamente las dos críticas efectuadas:

- * Una, la cuantificación en millones de euros de la ejecución de las sentencias del TEDH (de los derechos civiles y políticos), para lo cual incluso se cuenta con un Fondo Fiduciario en el Consejo de Europa destinado a ayudar a los países condenados que tengan dificultades en hacer frente a esa ejecución.
- * La otra, que la justiciabilidad no es tan inmediata si se pone el acento en las numerosas sentencias que están pendientes de ejecución, una ejecución que a lo peor tardará muchos años o no llegará nunca. Por todo ello, estimo preferible hablar de “efectividad” de derechos (sean cívico-políticos, sean socio-económicos) antes que de su “justiciabilidad”. Y, a este respecto, sería muy sencillo encontrar ejemplos de sentencias del TEDH que han contado con verdaderos problemas de ejecución, hasta demorarse más de una década [por ejemplo, Sentencia del TEDH de 13 de junio de 1979, *caso Marckx contra Bélgica*: el Gobierno belga tardó once años en modificar la legislación civil que discriminaba a los hijos extramatrimoniales en cuanto a derechos sucesorios (véase a este respecto la sentencia de la propia Corte de Estrasburgo dictada el 29 de noviembre de 1991 en el *caso Vermeire contra Bélgica*)] y, diversamente, decisiones del CEDS que se han ejecutado al cabo de pocos meses o atendidas incluso por el Estado demandado durante la sustanciación del caso [así, en el curso de la sustanciación de las Reclamaciones nº 33/2006 (*Movimiento Internacional ATD-Cuarto Mundo c. Francia*) y 39/2006 (*FEANTSA c. Francia*), el propio CEDS tomó nota en sendas Decisiones de fondo de 5 de diciembre de 2007 (§54 y §53, respectivamente) de la nueva Ley francesa nº 2007-290 de 5 de marzo de 2007 sobre el derecho a la vivienda (*Loi nº 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit opposable au logement*)].

Expresado lo cual, me parece pertinente completar este apartado con ejemplos prácticos de efectividad de la CSE como instrumento jurídico europeo por excelencia de defensa de los derechos sociales. A tal efecto, por razones de espacio, me limitaré a remitirme, en lo que concierne al mecanismo de informes, a los progresos producidos en cada Parte Contratante en la CSE (legislaciones, jurisprudencias y prácticas nacionales) que aparecen recogidos en las fichas de cada país (*country factsheets/fiches pays*), en la web del Consejo de Europa (www.coe.int/socialcharter). En este sentido, la ilustración la reconduciré al procedimiento de reclamaciones colectivas y a la efectividad de las decisiones del CEDS propiciadas por los distintos niveles del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que fue llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Deci-

sión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003.

- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el artículo 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights contra Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009).
- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*ERRC contra Bulgaria*, Decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el artículo 13 CSE.

En estas condiciones, la pretendida sofisticación jurídica basada en esos enfoques, equivocados y sesgados, que acabo de criticar, se torna en un vulnerable testimonio de ignorancia, puesto que desconoce el potencial protector de los instrumentos jurídicos de garantía de los derechos sociales y, con ello, inflige vulnerabilidad a tales instrumentos.

II. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CEDS EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIONES COLECTIVAS

1. La jurisprudencia sobre medidas anticrisis de austeridad

En la línea de las dos precedentes decisiones adoptadas en mayo de 2012 contra Grecia en las que se declaró contraria a la Carta Social la legislación griega sobre flexibilidad en las reformas laborales impuestas por la Troika (Comisión Europea, Banco Central Europeo y Fondo Monetario Internacional) y que han suscitado las posibles divergencias de enfoques entre el Consejo de Europa y la UE en el terreno social (me refiero a las dos Decisiones de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de las Reclamaciones colectivas nº 65/2011 y nº 66/2011, ambas contra Grecia, formuladas por los sindicatos griegos *Federación general de empleados de las compañías públicas de electricidad* y *Confederación de sindicatos de funcionarios públicos*), el CEDS adoptó a finales de diciembre de 2012 cinco decisiones en las que ha confirmado su jurisprudencia previa.

Efectivamente, se trata de cinco decisiones respecto de cinco reclamaciones que denunciaban las leyes anticrisis de 2010 adoptadas en Grecia imponiendo una reducción drástica

de las pensiones tanto en el sector público como en el privado (reclamación nº 76/2012, *Federación de pensionistas asalariados de Grecia c. Grecia*; reclamación nº 77/2012, *Federación Pan-helénica de pensionistas de la función pública c. Grecia*; reclamación nº 78/2012, *Sindicato de pensionistas del personal ferroviario de Atenas-Piraeus c. Grecia*; reclamación nº 79/2012, *Federación pan-helénica de pensionistas de la empresa pública de electricidad c. Grecia*, y reclamación nº 80/2012, *Sindicato de pensionistas del Banco agrícola de Grecia c. Grecia*).

En la fundamentación jurídica de esas cinco decisiones de fondo (de fecha 7 de diciembre de 2012), el CEDS declara que las autoridades de un país no pueden utilizar el pretexto de medidas impuestas desde determinados organismos para eludir los compromisos asumidos en virtud de la Carta Social Europea, que como tal tratado internacional debe ser respetado en el ámbito interno. En particular, dice en esas decisiones que el artículo 12 CSE (derecho a la seguridad social) está concebido más en términos de progresividad que de regresión. Pero, en caso de establecerse restricciones, ellas no deben conducir a una precarización o a una pauperización de la población afectada. ¿Cuál fue el alcance de esas reducciones o restricciones? Para el CEDS, si bien algunas primas o parte de las pagas extras (en Pascua, Navidad y Vacaciones) cabe reducir las o incluso suprimirlas, las pensiones básicas y las complementarias no pueden reducirse de la manera tan drástica como se ha efectuado (en porcentaje de entre el 20% hasta el 50% según el montante de la pensión), pues ello no sólo es contrario a esa obligación de los Estados de establecer progresivamente un régimen de seguridad social de un nivel más elevado (artículo 12.3 CSE), sino que se aparta asimismo en muchos casos de situaciones vulnerables (las pensiones más bajas) de la obligación de protección social de las personas mayores tal como se establece en el artículo 4 del Protocolo de 1988, para que no queden por debajo del umbral mínimo de riesgo de pobreza, para lo que el CEDS (como se dijo) toma como referencia el 50% de la renta mediana ajustada que establece Eurostat en función de la riqueza y coyuntura económica de cada país.

Por añadidura, y sobre todo, para el CEDS, el Gobierno griego no ha demostrado que, bajo el pretexto de las medidas de austeridad impuestas por la Troika, haya intentado adoptar otras medidas alternativas menos costosas para la población afectada, ni que haya habido consultas y diálogo con los interlocutores sociales en un ámbito tan esencial. Además, el efecto acumulativo de todos estos déficits, unido a las reducciones de las pensiones en sí, hace descansar exclusivamente sobre los pensionistas, en su calidad de contribuyentes, las consecuencias de la crisis económica de manera injustificada y contraria a la Carta Social Europea.

2. La jurisprudencia sobre aspectos cubiertos asimismo por el Derecho de la UE

Junto a la jurisprudencia sobre legislación anticrisis reseñada anteriormente, el CEDS adoptó en 2013 otras dos decisiones relevantes susceptibles de poner en tensión asimismo el orden jurídico del Consejo de Europa y el de la UE. La primera de ellas va en la línea de las sinergias, mientras que la segunda se desenvuelve en el plano de las divergencias.

En su primera Decisión de fondo, de fecha 2 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación nº 74/2011, formulada asimismo por un sindicato nacional, *Fellesforbundet for Sjøfolk c. Noruega*) se abordó la cuestión de la legislación nacional sobre edad de jubilación obligatoria de los marineros a los 62 años. Tras el examen de la legislación litigiosa, el CEDS concluyó una doble violación: por un lado, del artículo 24 CSE (derecho de los trabajadores a protección en caso de despido), por cuanto se entendió que la normativa nacional permitía el despido directo por razón de edad, no garantizando de tal suerte a los trabajadores del mar una protección en caso de rescisión del contrato de trabajo, y ello con independencia del posible derecho al beneficio de una pensión de jubilación para los trabajadores afectados; y, por otro lado, del artículo 1.2 CSE (protección eficaz del derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido), en la medida en que ese impedimento de seguir ejerciendo libremente la profesión de su elección en el caso de los marineros comportaría una diferencia de trato desproporcionada y no justificada en comparación con los trabajadores empleados en otras profesiones, y sin que se verifiquen en la actualidad los problemas de seguridad marítima y salud laboral que otrora justificaban esa diferenciación.

Dos aspectos merecen ser destacados con relación a esta decisión: el primero, que el CEDS viene a incidir en la no discriminación por razón de edad, en paralelo a la jurisprudencia del mismo signo que viene desarrollándose por el TJUE y de la discusión en el seno de la UE acerca de la adopción de una nueva Directiva sobre igualdad de trato que se ocupe específicamente, entre otros motivos, de la edad; el segundo, el enfoque novedoso que el CEDS opera al considerar el derecho a ganarse la vida por un trabajo libremente elegido como uno de los principales objetivos igualmente del artículo 23, “a saber, permitir a las personas mayores que permanezcan como miembros de pleno derecho de la sociedad y, consiguientemente, que no sufran ostracismo alguno por razón de su edad. Partiendo de dicho punto de vista, el Comité ha considerado que había que reconocer a toda persona activa o jubilada el derecho a participar en los diversos ámbitos de actividad de la sociedad, incluidas las medidas tendentes a permitir a las personas mayores que continúen trabajando o animándolas a ello (Digesto de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales, 1 septiembre 2008; remisión a las Conclusiones XIII-5, Finlandia, p. 323). Entre dichas medidas figuran la prolongación de la edad para jubilarse o la posibilidad de acogerse a una jubilación anticipada con el fin de ejercer otro empleo o una actividad no asalariada. Los instrumentos adoptados en la materia por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa [ver apartados 24 a 27 *supra* –se incluyen referencias la Resolución 1793(2011) *Por una longevidad positiva: capitalizar el empleo y el potencial de trabajo de las personas mayores*; la Recomendación 1796 (2007) sobre *La situación de las personas mayores en Europa*, y la Resolución 1502(2006) *La cohesión social frente a los desafíos demográficos*] van a ese respecto en la misma dirección que la Carta” (apartado 117).

Por otro lado, en la segunda Decisión de fondo, de fecha 3 de julio de 2013 (de resolución de la Reclamación nº 85/2012, *Confederación General del Trabajo de Suecia y*

Confederación General de directivos, funcionarios y empleados c. Suecia) se analizaron los cambios introducidos en el terreno de la libertad sindical y la negociación colectiva en la legislación sueca tras la sentencia *Laval* del TJUE (de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05). El CEDS ha adoptado una postura divergente a la del TJUE, al concluir una violación de los apartados 2 y 4 del artículo 6 (derecho a la negociación colectiva), así como de las letras a) y b) del artículo 19.4 (derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y asistencia, concretamente a recibir un trato no menos favorable que los nacionales en materia de remuneración y demás condiciones laborales, y de afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas ofrecidas por los convenios colectivos) de la Carta Social Europea.

Como es conocido, el conflicto arrancó de la pretendida acción sindical tendente a contrarrestar prácticas deslocalizadoras de “dumping social”, de manera que esas medidas de conflicto colectivo perseguían que los asalariados de una empresa (*Laval*) de Letonia del sector de la construcción desplazados a Suecia pudieran acogerse al régimen laboral sueco más favorable que el del país de origen. La sentencia *Laval* del TJUE se decantó de algún modo por ubicar el derecho de acción colectiva de los asalariados en la categoría de “derechos fundamentales de segundo rango” supeditados a las libertades económicas. Por el contrario, el CEDS entendió desproporcionadas esas restricciones al derecho de los sindicatos de llevar a cabo acciones colectivas en tal dirección, al tiempo que consideró que no se había garantizado un tratamiento no menos favorable, en materia de remuneración y otras condiciones laborales, a los trabajadores desplazados.

En este segundo caso, la cuestión radica en saber si el TJUE, teniendo en cuenta además que existe un debate en el seno de las instituciones políticas legisladoras de la UE en torno a la reconsideración del estatuto de los trabajadores desplazados, se hará eco asimismo de la vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es decir, a partir del 1 de diciembre de 2009 y, por ende, con posterioridad a dicha sentencia pronunciada en 2007) para converger con la postura del CEDS, en la medida en que la Carta de la UE (cuyo catálogo de derechos sociales se ha basado en la Carta Social Europea) postula dicha armonización en su artículo 53.

III. JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL CEDS EN EL MARCO DEL SISTEMA DE INFORMES: REFERENCIA PARTICULAR A ESPAÑA

Como es conocido, la Carta de 1961 estableció un mecanismo de presentación de informes por los Estados cada dos años sobre las disposiciones aceptadas al ratificarla. Ello hacía que cada ciclo de control y, por ende, tanto la adopción como la publicación de las conclusiones del CEDS, adolecieran de una considerable lentitud. Desde el 1 de octubre de 2007, por decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se puso en marcha un nuevo sistema de presentación de informes nacionales, de modo que cada Estado Parte en la Carta debe someter cada año (a fecha 31 de octubre) un informe sobre un grupo temático. A

tal efecto se han establecido cuatro grupos temáticos: grupo I sobre “Empleo, formación e igualdad de oportunidades” (artículos 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25); grupo II sobre “Salud, seguridad social y protección social” (artículos 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30); grupo III sobre “Derechos relacionados con el trabajo” (artículos 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29), y grupo IV sobre “Niños, familias, migrantes” (artículos 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31). En la práctica, por tanto, cada grupo temático es objeto de presentación de un informe cada cuatro años. Por ello, se revela necesario generalizar el procedimiento de reclamaciones colectivas, que en caso de efectivamente extenderse a todos los Estados del Consejo de Europa, podría sustituir al mecanismo de informes, por cuanto dicho procedimiento judicial de demandas colectivas dota de mayor visibilidad al respeto de los derechos consagrados por la Carta y, sobre todo, ha mostrado un enorme potencial de justiciabilidad en su funcionamiento (una media de cuatro meses para pronunciarse sobre la admisibilidad y de siete meses para el fondo del asunto).

Aclarado lo cual, el grupo temático sometido a examen en 2013 ha cubierto los artículos 3 (seguridad e higiene en el trabajo), 11 (derecho a la salud), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social), 14 (derecho a los servicios sociales) CSE, artículo 4 del Protocolo de 1988 (protección social de las personas mayores) y artículo 30 CSE revisada (protección frente a la pobreza y la exclusión social): la última disposición mencionada no ha sido objeto de análisis con relación a España, al no haber aceptado nuestro país el tratado revisado. ¿Cuál es el balance, entonces, de ese grupo II sobre “Salud, seguridad social y protección social”, de la jurisprudencia del CEDS con respecto a España en 2013? Pues bien, se han examinado diecisiete situaciones (el período de referencia sometido a examen discurrió desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2011), en las que el CEDS ha apreciado nueve casos de conformidad (artículos 3.1, 3.3, 11.2, 11.3, 12.2, 12.3, 13.2, 13.3, 13.4) y seis casos de no conformidad con la Carta Social (artículos 12.1, 12.4, 13.1, 14.1, 14.2 y artículo 4 del Protocolo de 1988), además de diferir o aplazar el examen de otros dos supuestos (artículos 3.2 y 11.1) ante la falta de información suficiente suministrada por las autoridades españolas. Avanzada esta breve síntesis, resulta del mayor interés, lógicamente, referirse a los seis casos de violación; pero, más aún, como se verá, resulta insoslayable aludir a un caso de aplazamiento, en cuyo razonamiento jurídico el CEDS incluye una auténtica condena a España en materia de obstáculos al acceso a la atención sanitaria de los inmigrantes en situación irregular.

1. Las conclusiones formales de no conformidad

Con respecto a los seis casos de no conformidad, tres de ellos (artículos 12.4, 13.1 CSE y artículo 4 del Protocolo de 1988) comportan la modificación del marco normativo interno; y lo mismo sucede con el artículo 11.1 (cuya conformidad no se incluye en la parte dispositiva sino en la *ratio decidendi*); mientras que los otros dos supuestos de no confor-

midad (artículos 12.1 y 14.2 CSE) exigen una mejor praxis interna o el empleo de mayores recursos para la efectividad de los derechos sociales en juego.

En particular, la conclusión de no conformidad al artículo 12.1 se basa en que “el montante mínimo de las prestaciones por enfermedad es manifiestamente insuficiente”, tras constatar que el 60% (a percibir hasta el día vigésimo) del IPREM (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, que el CEDS toma como una referencia válida a los efectos del artículo 12.1 CSE) se elevaba a 4.473€ y, consiguientemente, “es inferior al 40% de la renta mediana ajustada y es, por tanto, manifiestamente insuficiente”; el Comité hace notar a este respecto que el “50% de la renta mediana ajustada anual establecida por Eurostat equivalía a 6.258€ en 2011”. Téngase en cuenta que el baremo del 60% de la renta mediana ajustada convencionalmente admitido por Eurostat (y utilizado por el CEDS) es la línea identificadora de las situaciones de “baja renta”.

En cuanto a la conclusión de no conformidad relativa al artículo 12.4 CSE, el CEDS declara que dicha violación se basa en los siguientes tres motivos: no se garantiza la igualdad de trato de los nacionales de todos los demás Estados Partes en materia de derechos a la seguridad social; tampoco se garantiza esa igualdad de trato en materia de acceso a las prestaciones familiares (especialmente en relación con el lugar de residencia de los hijos del trabajador nacional de otro Estado Parte), y la condición de residencia a la que se subordina el reconocimiento de una pensión de jubilación no contributiva es excesiva. Los dos primeros motivos tienen que ver con el hecho de que esa igualdad de trato impuesta por el artículo 12.4 CSE ha de venir asegurada por acuerdos bilaterales o multilaterales o por medias unilaterales, lo que no se ha verificado en España con relación a un cierto número de países durante el período de referencia (entre ellos, Albania, Armenia o Georgia en ambos casos); en este marco, el CEDS tiene presentes las sinergias con la UE, trayendo a colación con respecto a los países miembros de la UE y del Espacio Económico Europeo diversas normas [entre ellas, el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social –que sustituye al Reglamento (CEE) nº 1408/71–, el Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 –y que sustituye al Reglamento (CEE) nº 574/72–, y el Reglamento (UE) nº 1231/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, por el que se amplía la aplicación del Reglamento (CE) nº 883/2004 y el Reglamento (CE) nº 987/2009 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por los mismos]. Con respecto al tercer motivo de no conformidad del artículo 12.4 CSE, el CEDS “recuerda haber juzgado, en su conclusión precedente, que la condición de residencia de diez años a la que se subordina el reconocimiento de la pensión de jubilación no contributiva era excesiva. En ausencia de informaciones al respecto en el presente informe, el Comité reitera su apreciación de no conformidad”.

La tercera conclusión de vulneración (del artículo 13.1 CSE) se fundamenta en cuatro motivos concretos: el reconocimiento de la renta mínima se subordina a una condición de residencia (que oscila entre seis meses y tres años según las Comunidades Autónomas); dicho reconocimiento se condiciona además a criterios de edad (25 años); la renta mínima no es satisfecha durante todo el tiempo que persista la situación de necesidad; y el nivel de asistencia social para las personas solas es manifiestamente insuficiente, salvo en el País Vasco (658,50€) y en Navarra (641,40€), que son las únicas en las que se supera el umbral de pobreza, estimado en 521€ al mes en 2011 (y fijado en el 50% de la renta mediana ajustada calculada por Eurostat sobre la base del umbral del riesgo de pobreza). En este escenario, el CEDS hace notar que la circunstancia de que, en el orden jurídico interno, la asistencia social sea competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas y de las ciudades autónomas, no constituye pretexto alguno para “exonerar a un Estado Parte de las obligaciones que ha suscrito al ratificar la Carta”, puesto que incluso “cuando el Derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados Partes en la Carta siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas”.

Las dos siguientes conclusiones de no conformidad, referentes al acceso y beneficio de los servicios sociales, se basan esencialmente en la falta de informaciones suficientes suministradas por el Gobierno español para apreciar la situación. Concretamente, en el caso del apartado 1 del artículo 14 CSE se reprocha a las autoridades españolas que no se hayan acreditado (con la consiguiente conclusión de vulneración) tres extremos; a saber: que se garantice el acceso efectivo a los servicios sociales desde la perspectiva de las eventuales tarifas que deban soportar los beneficiarios; que se impongan condiciones claramente definidas a los proveedores de servicios sociales; y que existan mecanismos de control que aseguren la calidad de los servicios suministrados por los proveedores de servicios sociales. Adicionalmente, el CEDS pide a España que suministre en el próximo ciclo de control información sobre la normativa de protección de datos personales en el ámbito de los servicios sociales. Y, por lo que se refiere al apartado 2 del artículo 14 CSE, los dos motivos de no conformidad consisten en no haber demostrado que: “existan modalidades de control de las acciones de las organizaciones no gubernamentales y de otros proveedores no públicos; exista un acceso igual y efectivo a los servicios sociales prestados por organizaciones no gubernamentales y por otros proveedores no públicos”; al hilo de esto último, el CEDS requiere información adicional para el próximo ciclo sobre el modo en que se asegura el acceso igual y efectivo de los beneficiarios a través de la gestión privada de los servicios sociales.

Completa las conclusiones formales de no conformidad el diagnóstico negativo relativo al artículo 4 del Protocolo de 1988 (equivalente al artículo 23 CSE revisada), en particular que no habría quedado acreditada “la existencia de una legislación que proteja a las personas mayores contra la discriminación por razón de edad”. Se trata en puridad de una jurisprudencia exigente del CEDS, que no solamente requiere el respeto de los dere-

chos de las personas mayores en la praxis, sino asimismo que exista un marco legislativo protector, es decir, una legislación antidiscriminatoria específica sobre la edad, motivo por el cual el CEDS no acepta (observando que la edad no es mencionada explícitamente) el argumento gubernamental basado en que el artículo 14 de la Constitución española contiene una cláusula genérica sobre no discriminación; sobre el particular, el CEDS subraya la vulnerabilidad de dichas personas, y alude a diversas instancias que “han llamado la atención sobre la omnipresencia de la discriminación por razón de edad en numerosos sectores de la sociedad (salud, educación, seguros y productos bancarios, participación en la elaboración de las políticas y en el diálogo civil, asignación de recursos y equipamientos), y ello en toda Europa”.

2. La conclusión sustancial de no conformidad referente a la asistencia sanitaria de personas extranjeras

Como se indicó anteriormente, dos situaciones no han podido cerrarse con una conclusión formal:

- por una parte, en el caso del artículo 3.2 CSE, por falta de informaciones relevantes en materia de accidentes de trabajo (que incluya una tabla recapitulativa con los accidentes graves y mortales) y de enfermedades profesionales, así como en lo referente a la disminución de las actividades y efectivos de los servicios de la Inspección de Trabajo;
- pero, por otra parte y sobre todo, en el supuesto del artículo 11.1 CSE, al margen del déficit de información específica (que justifica el aplazamiento) “sobre el plazo medio de espera para beneficiarse de la atención en el hospital, así como para una primera consulta en atención primaria, con objeto de demostrar que el acceso a la atención sanitaria se efectúa dentro de plazos razonables”, por razones procedimentales relacionadas con el funcionamiento del sistema de informes, el CEDS ha declarado materialmente (en la argumentación jurídica o *ratio decidendi*, en lugar de –además– formalmente en la parte dispositiva) una violación de dicha disposición como consecuencia de la exclusión de la asistencia sanitaria de algunas personas extranjeras en situación irregular.

Y este último aspecto presenta una gran relevancia y actualidad en España, por lo que merece ser desarrollado. A tal efecto, conviene avanzar y aclarar los siguientes extremos:

1º) Si bien la normativa controvertida fue adoptada en 2012 (*infra*), es decir, con posterioridad al período de referencia analizado (años 2008 a 2011), el CEDS procede a su evaluación al haber sido traída a colación por el propio Gobierno en el informe nacional cuando reseña la evolución del marco legislativo interno.

2º) Precisamente por tal razón procedimental (pronunciamiento formal sobre el período de referencia), el CEDS aprecia la situación de fondo en su argumentación jurídica eludiendo la inclusión de su apreciación en la parte dispositiva, lo cual merece una seria reflexión, al menos por dos motivos: de un lado, se pone de manifiesto una vez más la necesidad de reformar el procedimiento de informes para adaptarlo a las circunstancias actuales, puesto que no pronunciarse sobre esa legislación controvertida de 2012 (citada por el propio Gobierno) supondría tanto como validarla (cuando menos, por omisión) durante cuatro años más (hasta el próximo ciclo de control que se ocupe del grupo temático II relativo a la salud, la seguridad social y la protección social), lo cual resultaría incomprensible y haría perder credibilidad a la Carta Social como instrumento de garantía de derechos sociales ante semejante grave situación para el respeto de la dignidad humana; y, de otro lado, el hecho de declarar la violación del artículo 11.1 CSE en la argumentación jurídica y no en la parte dispositiva es una mera cuestión estética, puesto que a efectos prácticos la conclusión debe ser la misma, a saber, que España debe adecuarse a la interpretación vinculante del CEDS.

Con estas premisas, merece la pena transcribir la argumentación jurídica del CEDS:

“Además, el informe [del Gobierno] completa la descripción de ese marco jurídico general y sus reformas con una mención explícita al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, así como al Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Ahora bien, el Comité constata que el citado Real Decreto-ley 16/2012 (que, según el informe, es desarrollado por el Real Decreto 1192/2012) ha procedido en su artículo primero a una modificación de la Ley 6/2003 [de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud] que implica una exclusión del acceso a la atención sanitaria en detrimento de los extranjeros en situación irregular, salvo en ‘situaciones especiales’ (urgencia por enfermedad grave o accidente; asistencia a la mujer embarazada, antes y después del parto; extranjeros menores de dieciocho años). Desde este punto de vista, el Comité considera que dicha exclusión del acceso a la atención sanitaria de los extranjeros adultos (de más de dieciocho años) en situación irregular es contraria al artículo 11 de la Carta. En efecto, el Comité ya ha tenido ocasión de establecer que «los Estados Partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de Derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros. De este modo, han asumido dichas obligaciones» (Conclusiones 2004, Observación interpretativa del artículo 11, p. 10).

En este sentido, el Comité ha afirmado que los Estados Partes en la Carta tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, «se encuentren o no en situación irregular» (*Médecins du Monde – International c. Francia*, Reclamación n° 67/2011, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, §144). En lo que concierne específicamente al artículo 11, el Comité ha recordado que dicha disposición en su apartado 1, «impone a los Estados Partes la obligación de adoptar medidas apropiadas para eliminar las causas de una salud deficiente, y que según la interpretación del Comité ello significa, entre otros elementos, que los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y que el sistema de salud debe ser accesible a toda la población», en la medida en que «la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que la dignidad humana representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos –ya se trate de la Carta Social Europea o del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (*Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia*, Reclamación n° 14/2003, decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004, § 31; *Defence for Children International c. Bélgica*, Reclamación n° 69/2011, decisión de fondo de 23 de octubre de 2012, § 100-101). Esta idea de accesibilidad universal ha sido igualmente subrayada como uno de los elementos esenciales del derecho a la protección de la salud por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas: «§12. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte» [Observación general n° 14 (2000), *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)]. Además, la medida controvertida, según el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, era necesaria en el contexto de la crisis económica. En dicho contexto, el Comité había observado, en la Introducción general de las Conclusiones XIX-2 de 2009 sobre las repercusiones de la crisis económica sobre los derechos sociales que, si por un lado «el aumento del paro pone en peligro los sistemas de seguridad social y de asistencia social, en la medida en que el número de beneficiarios aumenta mientras que los ingresos obtenidos de la fiscalidad y de las cotizaciones de seguridad social disminuyen», por otro lado, al suscribir la Carta de 1961, las Partes «han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales». Sobre esta base, el Comité concluyó que «la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más» (*GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*, Reclamaciones n° 65/2011 y n° 66/2011, decisiones de fondo de 23 de

mayo de 2012, § 16 et § 12). Con el mismo espíritu, el Comité ha sostenido que, incluso teniendo en cuenta del contexto particular generado por la crisis económica, los Gobiernos implicados deben llevar a cabo un mínimo de estudios y análisis, así como de discusiones y consultas con las organizaciones implicadas, sobre los efectos de las medidas en cuestión, cuyo impacto sobre los grupos más vulnerables de la sociedad debería ser evaluado en profundidad (*IKA-ETAM c. Grecia*, Reclamación nº 76/2012, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2012, § 79). En todo caso, y a la luz de la complejidad de las medidas relativas a una reorganización del sistema de salud (eventuales medidas alternativas menos costosas en el plano financiero e incluso sobre el alcance real de la medida de exclusión controvertida para la salud pública del conjunto de la población), la crisis económica no puede ser el pretexto para una restricción o privación del derecho de acceso a la atención sanitaria que afecte a la sustancia o esencia de tal derecho.

Pese a las evoluciones legislativas regresivas concernientes al acceso a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular mencionadas más arriba, al haber sido adoptadas fuera del período de referencia (2008-2011), el Comité no está en condiciones de tomarlas en cuenta en la presente conclusión. Ello no obstante, si dicha legislación se mantiene, nada podrá demostrar en el próximo ciclo de control que la situación sea conforme a la Carta”.

A la vista de esta resolución del CEDS, la misma significa claramente y sin ambages que la normativa enjuiciada es contraria a la Carta Social y, por ende, debe ser modificada (por el Gobierno o por el Parlamento), desatendida (por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias), inaplicada (tanto por el personal médico y sanitario como eventualmente por los órganos jurisdiccionales nacionales ejerciendo el control de convencionalidad) y anulada (por el Tribunal Constitucional).

No estoy sugiriendo, en modo alguno, un acto de “rebeldía” por parte de los diferentes poderes públicos nacionales, sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España, pues todos esos órganos constitucionales deben atender y respetar el mandato interpretativo del artículo 10.2 en conexión con el mandato aplicativo impuesto por los artículos 93 a 96 de la Carta Constitucional española. En especial, la interpretación del CEDS deberá ser tomada en consideración de manera determinante y decisiva por el Tribunal Constitucional en su resolución (en estado de litispendencia) del conflicto positivo de competencias (nº 4540/2012) planteado por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco y contra diversas disposiciones del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi que divergen justamente del Real Decreto-ley 16/2012 (por el momento, véase el Auto del Pleno del TC de 13 de diciembre de 2012 en el que parece atisbarse que el Alto Tribunal español seguirá la línea trazada por el CEDS en la materia que nos ocupa).

IV. REFLEXIONES FINALES: REFERENCIA AL ALCANCE DE LA CSE Y AL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL CEDS EN EUROPA Y EN ESPAÑA

Ya se subrayó más arriba que la aceptación del procedimiento de reclamaciones colectivas (establecido mediante el Protocolo de 1995) constituye una gran asignatura pendiente para España, que se encuentra sometida únicamente al control efectuado en el marco del sistema de informes, esto es, el obligatoriamente impuesto por la CSE de 1961. La inconsistencia de dicha asignatura pendiente es reprochable tanto al Consejo de Europa como a España:

- a la organización paneuropea por excelencia por no ser consecuente con la idea de que los derechos valen tanto como las garantías y permitir que la aceptación de dicho procedimiento de reclamaciones colectivas (el que, a la sazón, dota de mayor visibilidad y efectividad a la CSE) sea facultativa (también era opcional el procedimiento de demanda individual en los orígenes del CEDH de 1950 y lógicamente se configuró como de obligatoria aceptación para todos los Estados Partes del Consejo de Europa en 1981);
- y a nuestro país porque, en cualquier caso, el sistema de informes y el de reclamaciones colectivas se retroalimentan (es decir, que el CEDS se nutre de su jurisprudencia elaborada en el procedimiento de informes para la adopción de las reclamaciones colectivas, y de la jurisprudencia sentada en el procedimiento de reclamaciones para la adopción de sus conclusiones sobre los informes nacionales) y, sobre todo, la jurisprudencia del CEDS (tanto la adoptada en un sistema de control como en el otro) establece una interpretación vinculante para los operadores jurídicos internos.

Es, justamente, este último aspecto el que adquirió recientemente un cierto impacto mediático en España (en prensa, radio y televisión), por tratarse de la primera vez que un órgano jurisdiccional español ha aplicado la Carta Social Europea descartando la aplicación de la legislación nacional contraria a ella; o, lo que es lo mismo, la primera ocasión en la que una jurisdicción nacional española ha aplicado con tanta nitidez el denominado control de convencionalidad para asumir la solución más favorable ofrecida por el estándar europeo. Se trata de la Sentencia nº 412 de 19 de noviembre de 2013 (procedimiento nº 426/2013 en materia de despido) del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona, en la que se resuelve estimar la demanda de un trabajador que había suscrito un contrato indefinido de apoyo a los emprendedores formalizado al amparo del Real Decreto-ley 3/2012 y que fue rescindido por la empresa dentro del período de prueba de un año previsto por dicha norma. Pues bien, lo interesante de la sentencia radica en que su *ratio decidendi* se fundamenta directa y exclusivamente en una Decisión de fondo del CEDS adoptada en el marco del procedimiento de reclamaciones colectivas frente a otro país sobre un supuesto sustancialmente idéntico

(de fecha 23 de mayo de 2012, de resolución de la Reclamación nº 65/2011, *GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia*). Así, en el Fundamento de Derecho quinto de esa sentencia se dice de forma contundente: “Las decisiones del Comité constituyen Jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales, y en este sentido lo recoge las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de noviembre de 2012 (rec. 494/12), o de 8 de marzo de 2011, (rec. 2256/2008), entre otras. Por todo ello, es posible que un órgano jurisdiccional resuelva de forma contraria a lo regulado en una norma interna, cuando su contenido es contrario a lo que regula un Tratado internacional o a la interpretación que realiza el órgano que lo supervisa”.

En estas coordenadas, parece pertinente insistir una vez más en que no es razonable que España quede al margen de los países que sí han aceptado el Protocolo de 1995 sobre reclamaciones colectivas, entre los que se encuentran nuestros vecinos Francia, Italia y Portugal; la situación resulta tanto más paradójica cuanto que, como se comentó, España sí se ha vinculado (en septiembre de 2010) por el sistema de quejas individuales ante el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas introducido mediante el Protocolo facultativo de 2008, que alcanzó vigencia el 5 de mayo de 2013 tras reunirse las diez ratificaciones requeridas. Parece incomprensible que España sólo se siga viendo afectada indirectamente (a través de la retroalimentación favorecida por el sistema de informes) por las perspectivas jurisprudenciales que ofrece el CEDS en el examen de las reclamaciones colectivas; además, como se ha visto, esa afectación puede venir claramente de la mano del control de convencionalidad ejercido por los órganos jurisdiccionales nacionales, como ha sucedido de manera relevante a través de la citada Sentencia de 19 de noviembre de 2013 del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona sobre el período de prueba y rescisión del contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

Con tal espíritu, debe recalcar, que el conocimiento de la jurisprudencia del CEDS no constituye un mero reto pedagógico o de difusión en el ámbito académico o en la praxis jurídica, sino un imperativo constitucional de optimización de los artículos 10.2 y 96 de la Constitución y, por ende, de nuestro sistema constitucional de derechos fundamentales, lo que obviamente proyecta un creciente impacto y mayores posibilidades de garantía de los llamados principios rectores de la política social y económica. A los mandatos constitucionales mencionados (artículos 10.2 y 96) estamos sometidos el conjunto de la ciudadanía y los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional, que por tanto no habría de mostrar reparos para hacerse eco de esa jurisprudencia del CEDS (piénsese en la resolución del CEDS sobre el artículo 11.1 CSE en materia de atención sanitaria universal, sin exclusión de las personas extranjeras en situación irregular, *supra*), lo mismo que sucede con la jurisprudencia del TEDH o la del TJUE. A fin de cuentas, las perspectivas jurisprudenciales ofrecidas por el CEDS deben ser tenidas en mente por los operadores jurídicos nacionales. Cabalmente, la mayor visibilidad y eficacia de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS no radica tanto en la ejecución de esas decisiones por los Estados condenados ni en el contenido de las resoluciones que adopte el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el marco

de esa ejecución, sino sobre todo en la asunción y aplicación directa de esa jurisprudencia por las jurisdicciones nacionales y, por supuesto, en su invocación por los profesionales de la Abogacía en los asuntos que defiendan.

En el caso de la CSE (y la jurisprudencia del CEDS), parece estar afirmándose paulatinamente como lo que realmente es: el primero y, al tiempo, último bastión continental para la defensa de derechos sociales. El CEDS está ofreciendo unas perspectivas jurisprudenciales más visibles, por la entidad autónoma de su labor con respecto a aproximaciones complementarias como la jurisprudencia social del TEDH o del TJUE. A este respecto, y como quiera que el principio de indivisibilidad ha llevado irremediamente a convergencias textuales entre el CEDH y la CSE, o entre éstos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE –véanse sus explicaciones anejas), es preciso que esa coincidencia textual se manifieste asimismo en una convergencia jurisprudencial entre el TEDH, el CEDS y el TJUE. Las disposiciones previstas en los tratados básicos (artículo 53 CEDH, artículo H CSE y artículo 53 Carta UE) invitan e imponen esa interacción al alza, optando por la solución más favorable (“*favor libertatis*”).

Por supuesto, esa interacción podría quedar más explícitamente consignada (al menos, en la colaboración entre el Consejo de Europa y la UE) en los tratados correspondientes, de modo que se proceda a la adhesión de la UE no sólo al CEDH (tal como impone el Tratado de Lisboa), sino igualmente a la CSE (tal como se refleja en la Resolución del Parlamento Europeo de 19 de mayo de 2010 sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la UE al CEDH, en particular, en los apartados 30 a 31).

En fin, nuevamente por mor del principio de indivisibilidad, la crisis económica actual ha acentuado la clara percepción según la cual los tres pilares del Consejo de Europa (democracia, Estado de Derecho y derechos humanos) deben insoslayablemente leerse en clave social (democracia social, Estado social y derechos sociales). Desde esta óptica, la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos sociales comporta la vulnerabilidad de los instrumentos jurídicos de derechos civiles y políticos: en algunos países está adquiriendo lamentablemente más visibilidad la legislación restrictiva sobre derechos civiles (manifestación, etc.) que la legislación impregnada de austeridad y recortes sociales, dado que las restricciones a los derechos cívico-político pretenden acallar las protestas ciudadanas frente a las regresiones sociales (léase el informe de la visita realizada a España, entre el 3 y 7 de junio de 2013, del Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa [CommDH (2013) 18], de fecha 8 de octubre de 2013). En paralelo, en el terreno político debe quedar claro que el coste de no respetar los derechos sociales es mayor que el de su respeto. Por su lado, algunas ONG que se ocupaban exclusivamente de los derechos civiles han incorporado el discurso de la indivisibilidad a su actividad, abordando asimismo la defensa de los derechos sociales. Por último, los universitarios no pueden quedar encerrados en una ciega sofisticación jurídica que les empuje a seguir ocupándose “obsesivamente” de los derechos civiles con menosprecio de los derechos sociales; es decir, ocupándose de instrumentos y mecanismos prioritariamente dedicados a los derechos civiles como si fueran la panacea de la defensa de los derechos sociales.