

# EFFECTIVIDAD DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN LAS INSTANCIAS JUDICIALES ESPAÑOLAS:

## «CONTROL DE CONVENCIONALIDAD» VERSUS «CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD»

M<sup>a</sup> Carmen Salcedo Beltrán

Profesora Titular de Universidad  
Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Valencia<sup>1</sup>

### Índice

1. Consideraciones previas.
2. Garantía del Estado social *en y sobre todo* períodos de crisis.
3. España y la Carta Social Europea: compromisos asumidos y retos pendientes.
4. Complementariedad de los diferentes niveles de protección de la norma interna y del tratado internacional: «control de convencionalidad» y «control de constitucionalidad».
  - 4.1. Estado de la cuestión en las instancias judiciales españolas.
  - 4.2. Breve referencia a la reciente sentencia nº 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo: la protección del art. 24 de la Carta Social Europea.
5. Reflexiones finales.

### 1. Consideraciones previas<sup>2</sup>.

La crisis económica y, por derivación, del Estado Social y Democrático de Derecho, ha implicado la adquisición de un protagonismo sin precedentes de la Carta Social Europea como Tratado internacional con el estándar de protección más elevado en materia de derechos sociales.

En España, esta afirmación se presenta de forma irrefutable con la efectividad conseguida en el ámbito judicial a partir de noviembre del año 2013, en concreto en la primera y

---

<sup>1</sup> Versión escrita de la intervención impartida en el Seminario “La normativa italiana sui licenziamenti: quale compatibilità con la Costituzione e la Carta sociale europea?”, celebrado en la Università degli Studi di Ferrara (Italia), 28 de junio de 2018. Accesible en <http://www.giuri.unife.it/it/post-lauream/dottorato-did-ricerca/convegni/jobsactediritti/la-normativa-italiana-sui-licenziamenti-e-la-sua-sospetta-contrarieta-alla-costituzione-e-alla-carta-sociale-europea#null>. El presente estudio forma parte de las actividades grupo de investigación “Derechos Humanos y Carta Social Europea” de la *Universitat de València* (GIUV2013-148) y del proyecto de investigación “La adaptación del ordenamiento español a la jurisprudencia social del TJUE” (Ministerio de Economía y Competitividad, convocatoria “Retos”, ref. DER2015-66922-R).

<sup>2</sup> Principales abreviaturas utilizadas: art. (artículo), CE (Constitución Española), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea, para la versión revisada se utilizará la misma incluyendo en concreto esa referencia), PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), SJS (Sentencia del Juzgado de lo Social), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), TC (Tribunal Constitucional), TSJ (Tribunal Superior de Justicia, por defecto Sala de lo social), TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea), UE (Unión Europea).

segunda instancia, en tres materias: la duración del período de prueba de un año de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores), la desvinculación de las pensiones del incremento anual según el índice de precios al consumo y la no consideración como tiempo de descanso de las guardias localizadas. Si bien se progresa y los pronunciamientos siguen adoptándose, no se deben obviar las resistencias y oposiciones manifiestas también existentes, principalmente del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, como consecuencia del desconocimiento, confusión y escasa consideración de la norma aludida.

El presente estudio se dedica a explicar el estado de la cuestión en el que resulta prioritario dejar clara la legitimidad del reconocimiento de los siguientes aspectos en cuanto a la Carta Social Europea, en suma, su aplicabilidad directa o *self-executing*, la vinculación a las conclusiones y/o decisiones de fondo del Comité Europeo de Derechos Sociales y la distinción entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de las normas que efectúan los órganos jurisdiccionales inferiores españoles.

## **2. Garantía del Estado social en y sobre todo períodos de crisis.**

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

En términos similares, otros siguen la misma línea y han insertado menciones que sitúan lo «social» en eje fundamental de su existencia y funcionamiento. El interés en que los textos más relevantes las recojan deriva de su asimilación a la idea de «grandeza», a la consecución de relevantes logros históricos e institucionales presididos por la responsabilidad del Estado frente a las necesidades de los ciudadanos<sup>3</sup>, de manera que nadie quede desamparado de sus necesidades vitales.

Lamentablemente, en la actualidad, esto se circunscribe al plano teórico, no reflejándose en el práctico, presenciando un desmoronamiento de sus fundamentos y de esa magnitud que ha derivado, como advierte Supiot<sup>4</sup>, en una «miseria», en la que los recursos han ido disminuyendo e, incluso, desapareciendo.

Una parte significativa de la población vive por debajo del umbral de pobreza, más desde el inicio de la crisis y las consiguientes medidas de austeridad, que han tenido como objetivo prioritario la reducción y/o supresión de los derechos sociales, caracterizados, con frecuencia, como derechos secundarios frente a los civiles y políticos, no

---

<sup>3</sup> Supiot, A., *Grandeur et misère de l'Etat Social*, Paris, 2013, Fayard, pp. 5 y 6.

<sup>4</sup> *Ídem*, pp. 8 y 9.

fundamentales<sup>5</sup>, de coste elevado y, en consecuencia, asociados únicamente a épocas de bonanza económica<sup>6</sup>, lejos de cualquier valoración como derechos humanos.

Así lo han constatado y denunciado, de nuevo, la mayoría de las organizaciones internacionales recientemente.

En particular, Naciones Unidas, a través del informe del Experto Independiente sobre *Las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales* (20 de diciembre de 2017)<sup>7</sup>, señala que las políticas de consolidación fiscal han afectado directamente al disfrute de los derechos humanos<sup>8</sup>, unido a que, ni siquiera, han resuelto los problemas por los que se adoptaron. En cambio, han contribuido a prolongar la crisis económica y han supuesto una amenaza para los derechos humanos, mayor que la que planteaba la propia crisis, acrecentando la exclusión social, el número de personas sin hogar o el desempleo de larga duración.

Por lo que se refiere a la Organización Internacional del Trabajo, el Informe *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018* muestra datos preocupantes actuales y previstos<sup>9</sup>. El número total desempleados a nivel mundial lo sitúa en más de 192 millones, proyectando que aumente para 2019 en 1,3 millones, el de personas en extrema pobreza laboral superará los 114 millones, alrededor del 42% de los trabajadores (esto es, 1.400 millones de personas) se encuentra en modalidades de empleo vulnerable, sin

---

<sup>5</sup> Sobre este punto comparto la crítica de Jimena Quesada, puesto que, “(...) atribuir el carácter de fundamental solamente a los derechos civiles y políticos en función de su nivel de garantías responde a una posición doctrinal sesgada asentada, a su vez, en una opción política restrictiva, tanto a escala nacional (el diseño del recurso de amparo en España como internacional (mecanismo de peticiones individuales en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966), que se han visto superadas (así, la jurisprudencia social del Tribunal Constitucional español, o la más reciente introducción del sistema de denuncias individuales en el marco del Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales)”. “La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales”. En AA.VV. (Dir. De la Oliva Santos A. y Calderón Cuadrado, M.P.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012, pp. 37 y 38. Propone, además, reformar la Constitución para “dejar clara la indivisibilidad de todos los derechos fundamentales, incluidos los sociales (...)”, en *Devaluación y blindaje del Estado Social y Democrático de Derecho*, Valencia, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 179 y ss.

<sup>6</sup> Nivard, C., « Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures «anti-crise» grecques ». *Lettre Actualités-Droits-Libertes du CREDOF*, 15 noviembre 2012, pp. 1 a 3 (<https://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>) (última consulta 16/2/2018).

<sup>7</sup> Bohoslavsky, J.P., “Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales. Elaboración de unos principios rectores para evaluar el impacto de las políticas de reforma económica en los derechos humanos”, Consejo de Derechos Humanos 37°. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/364/96/PDF/G1736496.pdf?OpenElement> (último acceso 16/2/2018), pp. 8 a 20.

<sup>8</sup> Si bien varían de un país a otro, determina como las más comunes en particular siete. Véase de forma más amplia el estudio realizado por Ortiz, I., Cummins, M., Capaldo, J. y Karunanethy, k., *The Decade of Adjustment: A Review of Austerity Trends 2010-2020 in 187 Countries*, Geneva: ILO, 2015 (Extension of Social Security Series No. 53), <http://www.social-protection.org/gimi/gess/RessourcePDF.action?ressource.ressourceId=53192> pp. 2 a 70 (última consulta 2/2/18), y Bohoslavsky, J.P., “Informe del Experto Independiente sobre las consecuencias de la deuda externa...” *op. cit.* pp. 6 y 7.

<sup>9</sup> *World Employment and Social Outlook: Trends 2018* ([http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_615594.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_615594.pdf)), 22 de enero de 2018 (último acceso 20/3/2018).

olvidar el no menos relevante envejecimiento de la población, que inevitablemente provocará un aumento del promedio de la edad de quienes integran la población activa, pondrá en jaque la capacidad de los trabajadores para mantenerse al ritmo de las innovaciones y los cambios estructurales en el mercado de trabajo, a la vez que incidirá de forma significativa en la sostenibilidad de los sistemas de protección social.

Como manifestación más reciente, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha emitido sus Observaciones finales en la sesión celebrada el 29 de marzo de 2018, a través de las que informa a países como, por ejemplo, México o España la falta de cumplimiento efectivo de las sentencias en las que se ha encontrado violaciones a derechos económicos, sociales y culturales<sup>10</sup>.

En cuanto al Consejo de Europa, en concreto y subrayo la referencia, el Comité Europeo de Derechos Sociales, así lo lleva advirtiendo desde hace tiempo<sup>11</sup>, la última en las Conclusiones XXI-2 (2017), publicadas el 24 de enero de 2018, en las que ha apercibido a los Estados que el nivel de pobreza en gran parte de ellos es muy elevado y que, además, las medidas que han podido adoptar al respecto son insuficientes<sup>12</sup>.

Considerado el “guardián europeo del modelo del Estado social”<sup>13</sup>, se ocupa de la verificación del cumplimiento y respeto de la Carta Social Europea, la *Constitución Social de Europa*<sup>14</sup>, que así es como hay que referirse al Tratado más importante e insisto «eficaz» existente en el presente de defensa de los derechos sociales, caracterización que resulta, entre otros, de su efecto directo en el ámbito jurisdiccional, no sólo en España sino también en otros países, se realizará, para ello, una breve referencia al final de la importante sentencia que se ha pronunciado en Grecia recientemente.

---

10

[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1197&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1197&Lang=en) (último acceso 15/4/18)

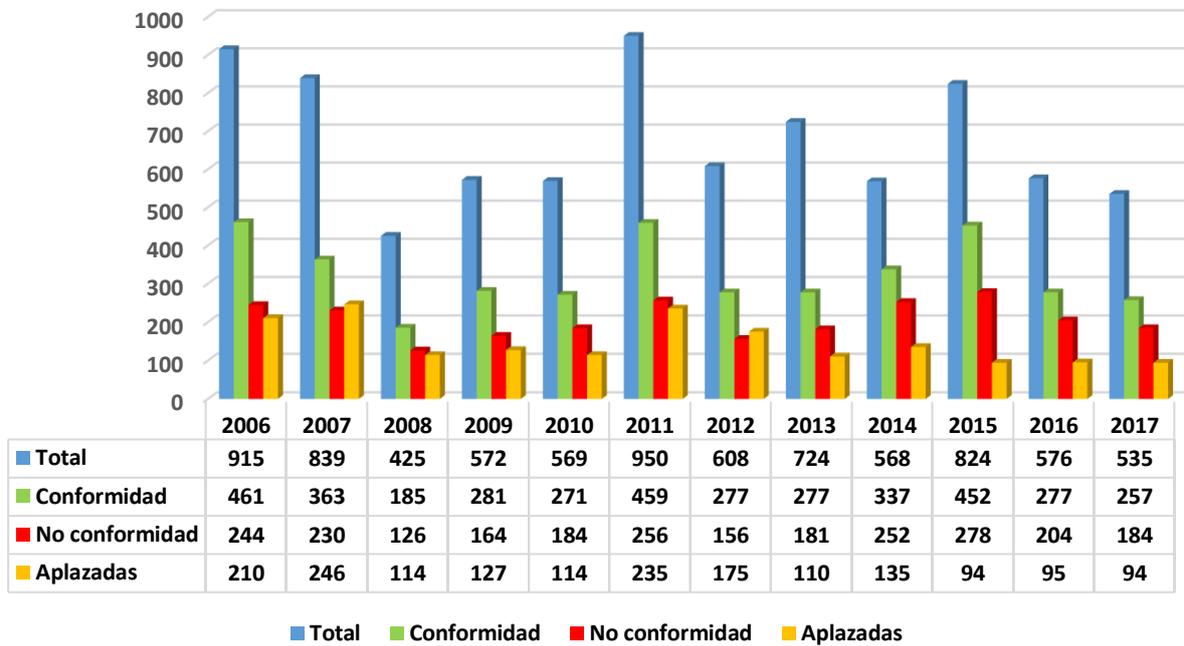
<sup>11</sup> Véase, entre otras, la Introducción general a las Conclusiones XIX-2 (2009) sobre *La aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global*. En el momento en que se emitió no adquirió la relevancia que se deriva de su redacción, debido probablemente a su inclusión en un apartado introductorio. Fue, con posterioridad, tras su incorporación a la fundamentación jurídica de las decisiones de fondo que aparecen en el texto de este análisis, donde alcanzó carta de naturaleza, directriz que ha continuado en todas las emitidas con posterioridad que han enjuiciado medidas anticrisis.

<sup>12</sup> Elaboradas en el marco del procedimiento de control de informes correspondiente al grupo temático II, salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30 –los arts. 20, 21, 22 y 23 de la versión revisada de la CSE se corresponde con los arts. 1 a 4 del Protocolo adicional de 1988). En general, de los 33 países examinados, se constataron 175 incumplimientos de 486 situaciones (228 de conformidad y 83 fueron pospuestas a falta de que se suministre más información para poder realizar la valoración correctamente). Por lo que se refiere a España, se han emitido en total 17 conclusiones, 9 de conformidad, 6 de no conformidad y 2 se difieren. Véase en este sentido <https://rm.coe.int/press-briefing-highlights-conclusions-2017/168077fee0> y [http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{\"ESCDcDateDec\":\[\"2017-08-02T00:00:00.0Z\", \"2018-02-02T00:00:00.0Z\"\], \"ESCDcLanguage\":\[\"FRE\"\], \"ESCDcType\":\[\"Conclusion\", \"Op\"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/fre/#{\) (última consulta 2/2/2018) y el análisis de Jimena Quesada, L., “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2017”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2017, nº 30, <http://journals.sfu.ca/redf/index.php/redf/article/view/442/429> (último acceso 12/4/18), pp. 1 a 41.

<sup>13</sup> Stangos, P., « La Charte Sociale Européenne et le Comité Européen des Droits Sociaux », Conferencia impartida en *Les rencontres d'automne AFDT sur Les périmètres de l'Europe Sociale*, 8-9 septembre 2017. Université de Strasbourg, p. 5, extraído de <https://rm.coe.int/intervention-petros-stangos-cedh-8-9-09-2017/1680743837> (última consulta 16/2/2018).

<sup>14</sup> Esta referencia se convirtió en el núcleo del *Proceso de Turín*, lanzado por el Secretario General del Consejo de Europa en la Conferencia de Alto nivel que tuvo lugar en esa ciudad el 17 y 18 de octubre de 2014. En *Rapport général de la Conférence à haut-niveau sur la Charte sociale européenne, L'Europe repart à Turin*, <https://rm.coe.int/168048acf9> (última consulta 4/2/2018), pp. 43 y 168.

## Conclusiones CEDS



La preocupante realidad generalizada apuntada, observada y soportada por los ciudadanos, ha derivado en reacciones de muy distinto signo que no deben ser ignoradas ni mucho menos infravaloradas. En virtud de ello, la conexión entre la pérdida del Estado de bienestar y las indicaciones de la UE a los países ha supuesto que se origine, y desarrolle de forma progresiva, un rechazo hacia ésta que acusa una problemática situación de déficit y deslegitimación<sup>15</sup>, evidenciada en situaciones como el *Brexit* o los preocupantes avances en las elecciones de algunos partidos políticos euroescépticos, antisistema, defensores del cierre de las fronteras o de la expulsión de inmigrantes. Así se observa, por ejemplo, en Francia, que, en las últimas celebradas el 7 de mayo de 2017, accedieron incluso a la segunda vuelta –en las europeas del año 2014 el *Front National* había pasado a ser la primera fuerza-, en Alemania, en las del 24 de septiembre de 2017, que irrumpió en el *Bundestag* como tercera fuerza parlamentaria un grupo ultraderechista, o en Italia el 4 de marzo de 2018, en las que los resultados los han situado como los partidos más votados.

Teniendo presentes las declaraciones y compromisos mencionados que los Estados insertan en sus Constituciones, deberían estar actuando para hacer frente a estos problemas y materializar en el plano práctico y real las referencias aludidas.

<sup>15</sup> Grimm, D., “Redonner à l’Union européenne une base politique légitime. Quand le juge dissout l’électeur ». *Le Monde Diplomatique*, Julio 2017, <https://search.proquest.com/docview/1914002014?accountid=14777>, pp. 1 a 5. Señala el autor que uno de los principales responsables de esta situación es el TJUE al elaborar una jurisprudencia “(...) fuera de todo control (...)”, declarando la aplicabilidad directa de los tratados y la primacía de estos sobre todas las normas, incluidas en las Constituciones, en suma, “la constitucionalización de los Tratados”, y, con ello, la consecuencia, es “(...) un estado de la integración europea que nunca ha recibido el consentimiento de los ciudadanos y que estos no pueden cambiar aunque la rechacen”. Véase de forma más amplia “The Democratic Cost of Constitutionalisation: The European Case”, *European Law Journal*, 2015, nº 4, pp. 471 a 473, en la que se apuntan las correcciones para hacer frente a este problema.

Desafortunadamente, la dirección es justo la opuesta contemplando situaciones difícilmente explicables en el siglo XXI y respecto de países que “presumen” de progreso y defensa de los derechos humanos como criterio de actuación, pudiendo equipararla más bien a la de una empresa<sup>16</sup>.

Si bien hace años la atención a la normativa internacional podría no resultar tan relevante, fruto de que los estándares nacionales eran normalmente más elevados, y ésta era un mínimo equiparable o superado fácilmente, su descenso ha supuesto la adquisición de protagonismo, prioritariamente de la CSE como “*bastión*” de defensa de los derechos sociales<sup>17</sup>, y, en consecuencia, del Estado social.

Se progresa en este sentido, aunque son más que evidentes las «*resistencias*» que se encuentran por parte de los poderes públicos, principalmente en el nivel legislativo y ejecutivo, menos en el judicial, que es dónde se puede apreciar mejor y en el que hay que seguir trabajando a través de la difusión de este marco normativo, muy poco conocido.

A pesar de los impedimentos, la configuración del sistema de fuentes y su articulación es la que legitima la reivindicación y recuperación de los derechos, con lo que se ha configurado en un elemento fundamental en sede jurisdiccional, prioritariamente la primera y la segunda, que es donde más se está prosperando.

La protección multinivel y los distintos estándares que cada convenio internacional determina, en el propio texto o en la interpretación auténtica y vinculante que realiza el órgano que lo fiscaliza, es la vía a utilizar como materialización de la interpretación más favorable<sup>18</sup>, y por consiguiente, el restablecimiento del derecho con la correspondiente imputación de responsabilidad al Estado frente a la consciente violación e inactividad.

Se está a tiempo de salvar y “*blindar*”<sup>19</sup> el Estado Social, pilar básico de una sociedad fundamentada en valores necesarios para la humanidad. Hay que hacer frente y superar la crisis del derecho, de la democracia, del Estado y de las instituciones<sup>20</sup>, acentuada desde el año 2008 y para ello, uno de los parámetros a seguir, y no el único, es de la efectividad de los derechos sociales<sup>21</sup>.

---

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

<sup>17</sup> Jimena Quesada, L., “El último bastión en defensa de los derechos sociales: La Carta Social Europea”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2014, nº 29. <https://revistas.uam.es/revistajuridica/articulo/view/5607>, pp. 1 a 19, último acceso 1/4/2018.

<sup>18</sup> Monereo Pérez, J.L., “Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2017, nº 45, pp. 41 y 42

<sup>19</sup> Jimena Quesada, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...op. cit.* pp.178 y ss.

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

<sup>21</sup> Jimena Quesada, L., *Devaluación y blindaje del Estado Social...op. cit.* pp. 108 y ss

La protección jurídica internacional es fundamental para su (re)conquista, y dentro de ella, los estándares que fija la CSE, pilar fundamental de las políticas sociales de Europa, que se mantiene fiel a sus valores frente a las fuertes presiones de otras organizaciones más poderosas económicamente –UE- y de los Estados.

### **3. España y la Carta Social Europea: compromisos asumidos y retos pendientes.**

La CSE se adoptó en Turín el 18 de octubre de 1961 para, según su Preámbulo, garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, proveniencia nacional u origen social, mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de la población, rurales o urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas en los países que forman parte del Consejo de Europa.

La aprobación separada respecto del CEDH, así como el establecimiento de un procedimiento de vigilancia de su cumplimiento diferente, se explica en que se observa como una “(...) fuente de gastos adicionales que (...) han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga, [exponiéndose] (...) al riesgo de ver debilitado su comercio internacional si no convence a los otros países para que realicen un progreso social similar, lo que en definitiva acarrea una concertación internacional en un mundo cada vez más globalizado (...)”<sup>22</sup>.

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la UE, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables.

Estructura en cinco partes, la primera recoge los «objetivos» que asumen las Partes contratantes a la hora de elaborar su política y enumera 19 puntos. Literalmente dispone que “Las Partes reconocen como objetivo de su política, que habrá de seguirse por todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional, el establecimiento de las condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios siguientes (...)”.

La Parte II establece, como «compromisos» de las Partes contratantes, a considerarse “vinculadas por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes (...)”, reiterando a continuación todos los puntos anteriores, completando su contenido con subapartados. Específicamente en ellos se contempla el compromiso de garantizar el efectivo derecho al trabajo (art. 1), unas condiciones de trabajo equitativas (art. 2), la seguridad e higiene en el trabajo (art. 3), una remuneración equitativa (art. 4), promover la libertad sindical de los trabajadores y empleadores (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), la protección de niños y adolescentes (art. 7), la protección de las trabajadoras (art. 8), la orientación y formación profesional (arts. 9 y 10), la protección de la salud (art. 11), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), los beneficios de los servicios sociales (art. 14), la formación profesional y readaptación profesional y social de las personas física o mentalmente disminuidas (art. 15), la protección social, jurídica y económica de la familia, las madres y niños (arts. 16 y 17), el ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio (art. 18) y, finalmente, la protección y asistencia de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19).

---

<sup>22</sup> Jimena Quesada, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Valencia, 2007, Tirant lo Blanch, p. 19.

En suma, dos partes diferenciadas en su ubicación en el texto y, lo más importante, en cuanto a su vinculación que, a mi juicio, se deduce fácilmente de las palabras que he entrecomillado en las que es incuestionable la diferente redacción y efectos, programáticos la primera, obligatorios y vinculantes los de la segunda.

España ratificó en su totalidad esta CSE originaria por Instrumento de 29 de abril de 1980 (BOE de 26 de junio de 1980)<sup>23</sup>, estando, en consecuencia, vinculada por las garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que ha de calificarse como jurisprudencia.

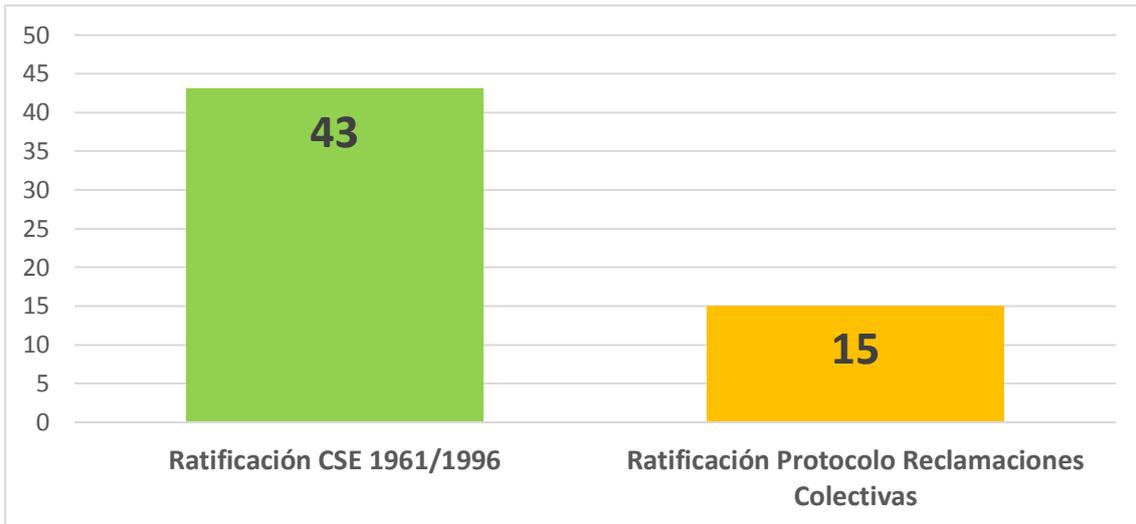
La necesidad de adaptarse a la evolución y cambios de la realidad social, dio lugar a que, tras unos años, fuera ampliada y/o enmendada con la aprobación de tres Protocolos. El primero, de 5 de mayo de 1988 (Adicional), añadió cuatro derechos que mejoraron la protección de los trabajadores. Fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado, en los mismos términos que la anterior, el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

El segundo, de 21 de octubre de 1991 (Enmienda), modifica algunos artículos con objeto de mejorar “(...) la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control”. *Se trata de una norma que presenta la peculiaridad de que aún no ha entrado en vigor puesto que requiere “(...) que todas las Partes Contratantes de la Carta hayan expresado su consentimiento a quedar vinculadas (...)”* (art. 7), estando en estos momentos ratificado sólo por 23 países. El Comité de Ministros en la 467ª Reunión de 2-6 de diciembre de 1991 adoptó la Decisión de que en la práctica se aplicara, con la excepción del sistema de designación de los componentes del CEDS. Al igual que el precedente, fue firmado por España el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril).

Finalmente, el importantísimo tercer y último Protocolo, de 9 de noviembre de 1995, estableció un sistema de reclamaciones colectivas y avanzar en “(...) la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados”, reforzando “(...) la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales”. España no ha firmado ni ratificado este Protocolo. Este aspecto afecta a la legitimación activa, es decir, las organizaciones y agentes sociales no pueden presentar una reclamación, pero no a sus efectos, es decir, una decisión de fondo emitida respecto de otro país puede ser invocada si se ha pronunciado en cuanto a un precepto de los ratificados por nuestro país ante una situación similar.

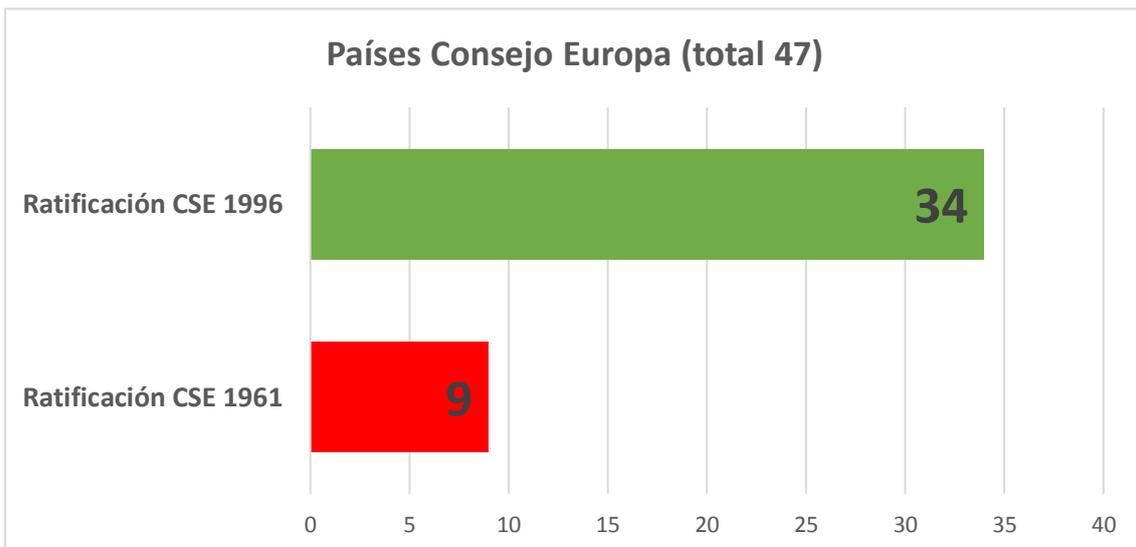
---

<sup>23</sup> Un estudio completo en García González, G., “La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2018, nº 135 (en prensa), pp. 1 a 34



El panorama que se ha descrito precisaba que se ordenara y por ello se aprobó el 3 de mayo de 1996 la CSE revisada, que incluye un total de 31 derechos (19 de la versión originaria, 4 del primer protocolo de 1988 y 8 nuevos). Específicamente estos son el derecho a la protección en caso de despido (art. 24), el derecho de los trabajadores a la tutela de sus créditos en caso de insolvencia de su empleador (art. 25), el derecho a la dignidad en el trabajo (art. 26), el derecho de los trabajadores con responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (art. 27), el derecho de los representantes de los trabajadores a protección en la empresa y facilidades que se les deberán conceder (art. 28), el derecho de información y consulta en los procedimientos de despido colectivo (art. 29), el derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (art. 30) y el derecho a la vivienda (art. 31).

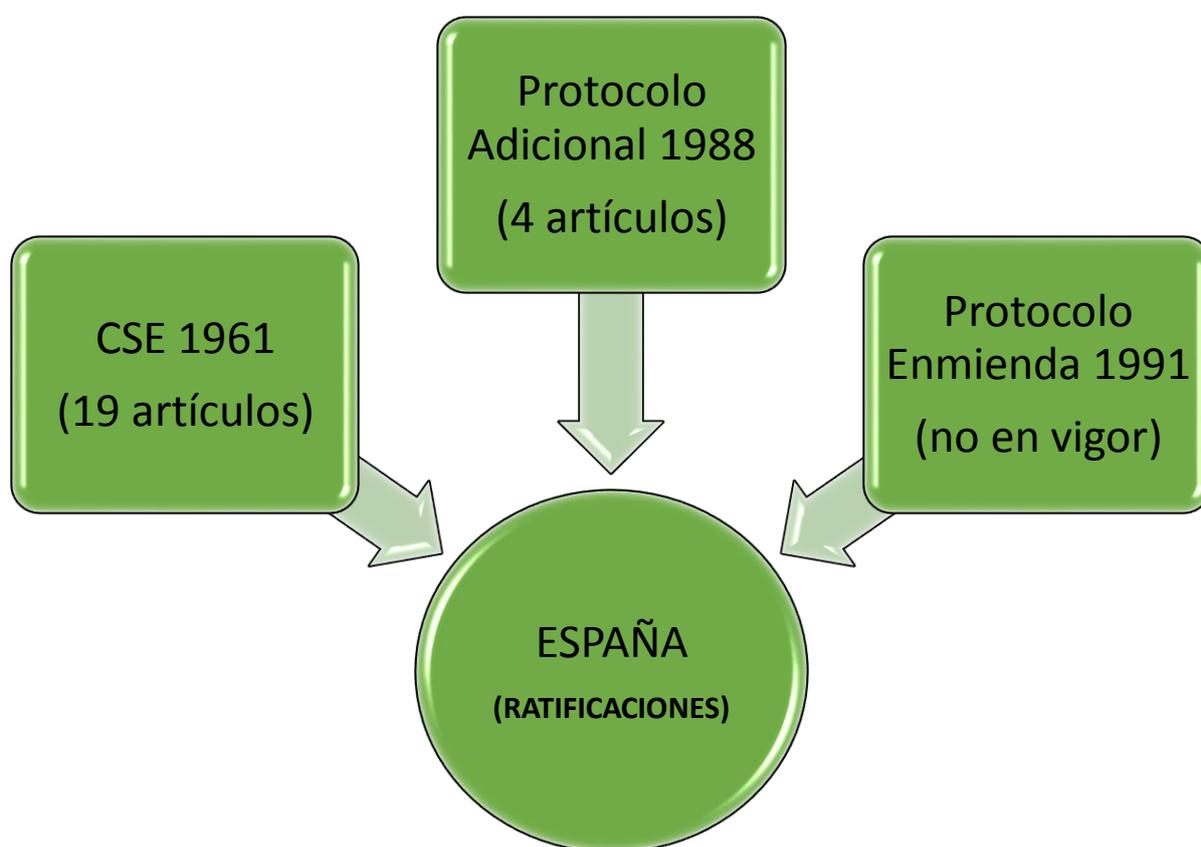
España firmó la CSE revisada el 23 de octubre de 2000 pero está pendiente su ratificación, siendo muy criticable ya que sitúa a nuestro país fuera de la mayoría en cuanto a los derechos sociales.



Las peticiones en este sentido son cada más frecuentes, las más reciente el 23 de noviembre de 2017 con la aprobación por unanimidad de la iniciativa no legislativa que insta al Gobierno de esos momentos a ratificar la CSE revisada y el Protocolo de Reclamaciones colectivas<sup>24</sup>.

Las resistencias a ello parece ser que no vienen por el Tratado en sí mismo sino por el organismo que vigila el cumplimiento, el CEDS y así se puede constatar en las respuestas dadas al *Cuestionario relativo a las buenas prácticas sobre la aplicación de los derechos sociales a nivel nacional*, realizada por el grupo de redacción sobre los derechos sociales (CDDH-SOC)<sup>25</sup>, publicado el 12 de diciembre de 2017, el que indica que el país cumple el Tratado y que las objeciones se derivan de las interpretación que realiza el CEDS, “(...) que va más allá del texto de la Carta y la de la interpretación anexa a la misma, incrementando las obligaciones y creando inseguridad jurídica para los Estados que lo han ratificado”.

Situación actual.



<sup>24</sup>

[http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?\\_piref73\\_7706063\\_73\\_1337373\\_1337373.next\\_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=26409&anyo=2017&mes=11&pagina=1&mostrarvolver=S&movil=null](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_piref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=26409&anyo=2017&mes=11&pagina=1&mostrarvolver=S&movil=null) (última consulta 3/2/2018)

<sup>25</sup> <https://rm.coe.int/reponses-au-questionnaire-relatif-aux-bonnes-pratiques-sur-la-mise-en-/16807762ac> (último acceso 9/4/18)

Retos pendientes.



#### 4. Complementariedad de los diferentes niveles de protección de la norma interna y del tratado internacional: «control de convencionalidad» y «control de constitucionalidad».

Los responsables gubernamentales reciben directamente las correspondientes condenas por medio de las conclusiones (procedimiento de informes) y de las decisiones de fondo (procedimiento de reclamaciones colectivas), que suelen reaccionar de diferente forma. En ocasiones se suprime o modifica la norma o práctica no acorde con la CSE, en otras optan por la pasividad, llegando incluso a mostrar resistencias, patente oposición, críticas y cuestionamiento del CEDS.

Ante esta situación, las instancias jurisdiccionales españolas se han erigido en los genuinos garantes de la justicia social<sup>26</sup> a través del control de convencionalidad que se constituye en el fundamento para su restablecimiento, definido como como “la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley interna en vigor, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional (o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él) integrado en el ordenamiento jurídico interno”<sup>27</sup>.

Se trata de una vía que habitualmente no goza de reconocimiento y, con ello, de aplicabilidad general, más cuando el Tratado es la CSE y más aún cuando el Tribunal constitucional se ha pronunciado de forma positiva en cuanto al precepto o norma sobre el que debe materializarlo, imaginando que, de hacerlo, entran en conflicto con éste. De nuevo, está presente el desconocimiento de las normas y de su estructuración, en suma, se trata de aplicar un principio tan básico como el de jerarquía normativa.

<sup>26</sup> Roman, D., «Le juge et la justice sociale», *Délibérée*, 2017, n° 2, pp. 7 y 8, <https://www.cairn.info/revue-deliberee-2017-2-p-6.htm>.

<sup>27</sup> En Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*, Navarra, 2013, Aranzadi, pp. 24 y 25.

A pesar de ello, los progresos son más que notables, no sólo en nuestro país, sino también en el resto, demostrando que, no sólo es factible, sino que, además, es la obligada y correcta articulación y aplicación de las fuentes del derecho.

Control de convencionalidad España

Art. 96.1 y 10.2 Constitución

Ley 25/2014, 27 de noviembre de tratados y otros acuerdos internacionales (arts. 28 a 31)

#### 1. Constitución Española 1978.

*Art. 10.2*

*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

*Artículo 96*

*1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.*

#### 2. Ley 25/2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

*Artículo 28 Eficacia*

*1. Las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional.*

*2. Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor.*

#### *Artículo 29 Observancia*

*Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados.*

#### *Artículo 30 Ejecución*

*1. Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes.*

*2. El Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley que se requieran para la ejecución de un tratado internacional.*

*3. El Gobierno, las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla adoptarán las medidas necesarias para la ejecución de los tratados internacionales en los que España sea parte en lo que afecte a materias de sus respectivas competencias.*

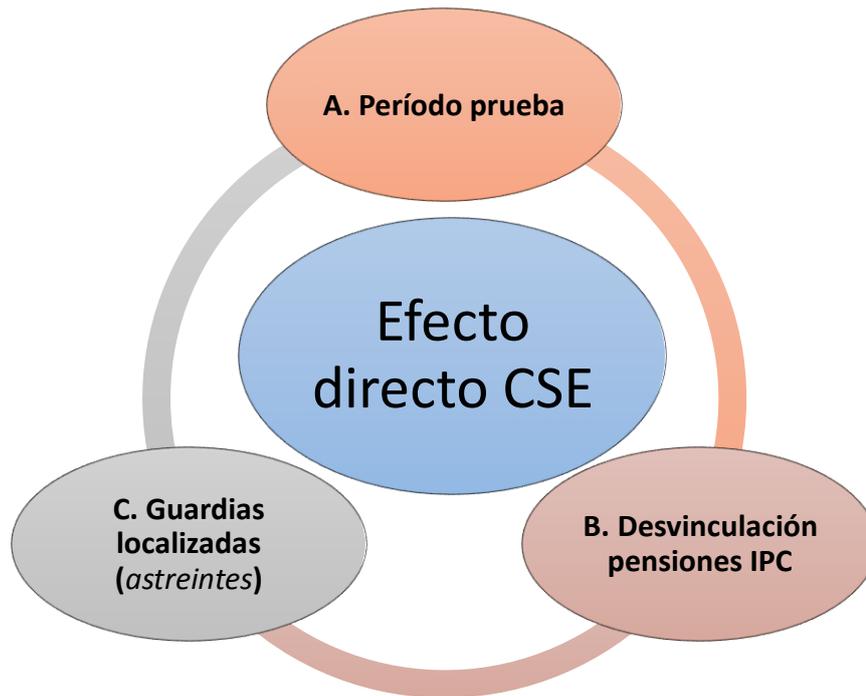
#### *Artículo 31 Prevalencia de los tratados*

*Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional.*

En el año 2013 se emitió la primera sentencia del orden jurisdiccional social que resolvió una demanda favorable (Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 9 de noviembre de 2013) con fundamento en un precepto del Tratado (art. 4.4), la jurisprudencia emitida en torno a la delimitación de su contenido por el CEDS (decisión de fondo CEDS 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY)) y el control de convencionalidad que legitima el art. 96.1 de la CE, específicamente por lo que se refiere a la duración de un año del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores.

Lejos de estar ante un pronunciamiento aislado, le siguieron otras sentencias a lo largo de los años 2014 y 2015, no sólo en asuntos que abordaron el mismo conflicto (entre otras, SJS nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014, SJS de Mataró de 29 de abril de 2014, SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014, SJS nº 9 de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015, SJS nº 2 de Fuerteventura de 31 de marzo de 2015, SSJS nº 1 de Las Palmas de 11 de mayo y 3 de junio de 2015), sino también en otros, en concreto, la desvinculación de la revalorización pensiones atendiendo al índice de precios al consumo (SJS nº 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, nº 12 de 4 de septiembre de 2015 o nº 3 de La Coruña de 23 de noviembre de 2015) -violación del art. 12.3 de la CSE-, y, la caracterización de las guardias localizadas como tiempo de trabajo (SJS nº 3 de Barcelona de 27 de octubre de 2015) –incumplimiento del art. 2.1 de la CSE-.

Estado de la cuestión. Efecto directo CSE.



A. Periodo de prueba contrato apoyo emprendedores (1 año).

Art. 4.4 CSE, decisión de fondo CEDS 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011, Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos contra Grecia (ADEDY) contra Grecia) y Conclusiones CEDS XX-3 (2014)

-Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 2 Barcelona 19 noviembre 2013  
 Sentencia Juzgado nº 1 Tarragona 2 abril 2014  
 Sentencia Juzgado nº 1 Mataró 29 abril 2014  
 Sentencia Juzgado nº 3 Barcelona 5 noviembre 2014  
 Sentencia Juzgado nº 19 Barcelona 11 noviembre 2014  
 Sentencia Juzgado nº 1 Toledo de 27 noviembre 2014  
 Sentencia Juzgado nº 9 Gran Canaria 31 marzo 2015  
 Sentencia Juzgado nº 2 Fuerteventura 31 marzo 2015  
 Sentencia Juzgado nº 1 Toledo 9 marzo 2015  
 Sentencia Juzgado nº 1 Las Palmas 11 mayo 2015  
 Sentencia Juzgado nº 1 Las Palmas 3 junio 2015  
 Sentencia Juzgado nº 26 Barcelona 18 marzo 2018

-Segunda instancia

STSJ Las Palmas de Gran Canaria 28 enero 2016, Rec. 581/2015  
 STSJ Las Palmas de Gran Canaria 30 marzo 2016, Rec. 989/2015  
 STSJ Las Palmas de Gran Canaria 18 abril 2016, Rec. 110/2016  
 STSJ de Castilla y León/Valladolid de 26 septiembre 2016, Rec. 1527/2016  
 STSJ de Castilla y León/Valladolid de 19 diciembre 2016, Rec. 2099/2016  
 STSJ Canarias/Las Palmas de Gran Canaria de 1 enero 2017, Rec. 1300/2016

## B) Desvinculación pensiones IPC

Art. 12.3 CSE, decisiones de fondo del CEDS 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones nº 76 a 82)

-Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 31 Barcelona 8 junio 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 4 septiembre 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 7 septiembre 2015

Sentencia Juzgado nº 12 Barcelona 5 noviembre 2015

Sentencia Juzgado nº 3 La Coruña 23 noviembre 2015

-Segunda instancia

STSJ de Castilla y León/Valladolid 18 mayo 2016, Rec. 361/2016

## C) Guardias localizadas (*astreintes*).

Art. 2.1. CSE, decisiones de fondo CEDS 8 de diciembre de 2004 (Reclamaciones nº 16 y 22/2003) y de 23 de junio de 2010 (Reclamación nº 55/2009) y Conclusiones CEDS XX-3 (2014)

Primera instancia

Sentencia Juzgado nº 3 Barcelona 27 octubre 2015

Me permito destacar y subrayar esta última como modelo de impecable y adecuado entendimiento de la materia, siendo lamentable la prácticamente nula repercusión que, como ya se ha criticado anteriormente, se sitúa en la habitual escasa atención a este Tratado y los pronunciamientos de su organismo de control.

En ella se efectúa, con base en la Carta Magna, una apropiada articulación de las fuentes del derecho internacional, supranacional e internas, arbitrando una complementariedad y absoluta compatibilidad entre las mismas como consecuencia de la aplicación del estándar de protección más favorable, es decir, resuelve de forma “*pacífica*” la existencia de valoraciones dispares por parte de los organismos internacionales, huyendo de posibles antagonismos.

El supuesto de hecho se entra en las desavenencias respecto a la calificación del tiempo de disponibilidad de unos trabajadores de un servicio de instalación, mantenimiento y reparación de aire acondicionado, tras la implantación por la empresa de un servicio de asistencia técnica durante los fines de semana –por causas organizativas y técnicas- con el teléfono móvil para atender las consultas de los clientes y, de ser necesario, trasladarse al local se hace referencia. La empresa, junto al comunicado, determina la remuneración a percibir por cada fin de semana, que los trabajadores no aceptan solicitando el triple por la “imposibilidad de conciliar la vida laboral y personal”.

El órgano, a la hora de emitir la resolución, procede, en primer lugar, a tener en cuenta la normativa nacional reguladora, que no define cómo ha de ser considerado, si bien a nivel jurisprudencial se determinó que “(...) la mera situación de disponibilidad, en la que el trabajador tan sólo está localizable y a disposición de la empresa, no implica, por sí sola, el desarrollo de ningún trabajo y, por ende, está claramente fuera de la jornada laboral y no puede en absoluto, ser calificada ni como tiempo de trabajo ni como horas extraordinarias” (STS de 29 de noviembre de 1994, La Ley 10308/1995).

A continuación, en segundo lugar, el análisis se dirige al ámbito de la UE, centrándose en la Directiva 2003/88 vigente en estos momentos, complementada por las interpretaciones del TJUE<sup>28</sup>, concluyendo que desde esta perspectiva “el concepto e tiempo de trabajo no incluye el período de guardia o disponibilidad, cuando este período no implica estar físicamente en el lugar de trabajo”.

En tercer y último lugar, se remite a la CSE, a la jurisprudencia del CEDS sobre esa materia, y a las Conclusiones del CEDS XX-3, dirigidas contra España, en las que comunicó que “considerar como tiempo de descanso el período de disponibilidad en el cual no se tiene que desarrollar ninguna actividad pero que el trabajador está a disposición de la empresa, es una violación del art. 2.1 de la CSE y, por tanto, se infringe el derecho a una duración razonable del trabajo”.

Ante esta triple regulación, se advierte que “la legislación española y la interpretación realizada por los tribunales de la legislación comunitaria, no se ajusta a la interpretación que se realiza desde el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea”. Con esta situación, teniendo el juez que determinar la normativa aplicable, se procede a referenciar el art. 96.1 de la CE, complementado por los arts. 29 (“Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”), 30 (“Los tratados internacionales serán de aplicación directa (...)”) y el art. 31 (“Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, *de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, con el objetivo de avanzar y dejar clara la plena aplicabilidad de la CSE “como derecho interno”, y del organismo que tiene atribuidas funciones cuasi-jurisdiccionales que, en todo caso, fija “*la interpretación auténtica*”.

Completa la aseveración, recordando, además, la inexistencia de presunción de conformidad del derecho de la UE con del Consejo de Europa, y que normas como las directivas son “mínimos de homogeneización de las legislaciones de los diferentes Estados, sin que se pueda considerar que cualquier regulación que objetivamente mejora las condiciones establecidas en las directivas vaya en contra de esta normativa comunitaria”.

Por lo tanto, se insiste en la imposibilidad de “(...) *apreciar (...) colisión entre la CSE y el derecho de la Unión Europea*”, porque la directiva es un mínimo, tal y como dispone el propio art. 1 de la misma y es la existencia de regulación diferente la que comporta que también las interpretaciones lo sean, que han de ser consideradas complementarias y no contradictorias, debiendo aplicar “*la que garantiza la mejor eficacia del derecho reconocido*”, como el TC ha aceptado en cuanto a las resoluciones de otro organismo, que, si bien, no es ninguno de los referenciados –Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas-, la interpretación puede trasladarse de forma que sus dictámenes, aunque, no son resoluciones judiciales ni tienen fuerza ejecutoria directa, ello “(...) no implica que carezcan de todo efecto interno en la medida en que declaran la infracción de un derecho reconocido en el Pacto y que, de conformidad con la Constitución, el Pacto no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que

---

<sup>28</sup> STJUE de 3 de octubre de 2000 (C-303/98), 9 de septiembre de 2003 (C-151/02) y 1 de diciembre de 2015 (C-14/2004). Considero que la sentencia de 21 de febrero de 2018 (C-518/15) se puede encuadrar en la línea general pues, si bien resuelve de forma diferente, se justifica por las particulares circunstancias del supuesto de hecho.

además, (...), las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), interpretación que no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)”.

Finaliza la sentencia con un texto contundente, de forma que “(...) *si la Carta Social Europea es derecho interno y es obligatorio aplicarla, y además los informes emitidos por el Comité Europeo de Derechos Sociales, tienen el carácter de interpretación auténtica de la Carta, la única conclusión posible al caso (...) es que los períodos de disponibilidad no presenciales no pueden ser considerados como períodos de descanso (...)*” puesto que el trabajador no tiene la garantía absoluta de que, en el transcurso del mismo, no hay ninguna interferencia empresarial, no existiendo, un pleno derecho al descanso. En conclusión, calificarlo como tiempo de descanso “*no encaja en la normativa interna*” recordando que “*la Carta Social Europea es norma interna, a pesar que la normativa comunitaria sobre el tiempo de trabajo lo pueda calificar como tiempo de trabajo*”.

Aunque algunos de los pronunciamientos de primera instancia referenciados anteriormente han sido revocados por la siguiente, más remisa al reconocimiento del efecto “*self-executing*” de los Tratados y, mucho más, de la CSE, durante el año 2016 y principios del 2017 algunos Tribunales Superiores de Justicia han continuado la interpretación, fallando de forma categórica en cuanto a la vinculación al Tratado y su efecto directo, así como a la consideración como “*jurisprudencia*” de los pronunciamientos del CEDS. Es el caso de los del TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) de 28 de enero de 2016 (Rec. 581/2015), 30 de marzo de 2016 (Rec. 989/201), Castilla y León (Valladolid) de 19 de diciembre de 2016 (Rec. 2099/2016) o las más reciente, de nuevo el TSJ de Canarias (Las Palmas de Gran Canaria), de 31 de enero de 2017 (Rec. 1300/2016), que literalmente resuelven de la CSE, que en nuestro derecho interno, en virtud del art. 96 de la CE, no se puede impedir su “*la aplicación interna y directa*”, pues “*es derecho interno, y las disposiciones self-executing contenidas en la misma son inmediatamente aplicables a sus destinatarios y vinculan a los órganos judiciales y administrativos del Estado, del mismo modo que las demás normas jurídicas de producción interna*”.

Sobre la más cuestionada vinculación a los pronunciamientos del CEDS y su valor, disponen que “(...) *constituyen jurisprudencia que debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales nacionales*”, siendo de plena aplicación “*en la medida en que interpretan y delimitan el sentido de las reglas y preceptos que se contienen en la Carta, y que son en definitiva la interpretación auténtica del Tratado*”, lo que obliga “*a analizar a la luz de las normas y Tratados citados la legalidad [del asunto controvertido que se ha sometido]*”.

No imposibilita el reconocimiento de la aplicabilidad de la norma internacional que el fallo, en algunas ocasiones, no haya sido favorable para el/la demandante, que se produce, en unos casos, porque se ha apreciado que el supuesto de hecho no era el mismo que del CEDS –no se alcanza la conclusión de que la falta de actualización de las pensiones determine que el nivel de protección social es insatisfactorio o de que se incumple la obligación del Estado de esforzarse por elevar el nivel del sistema de Seguridad Social (art. 12.3 de la CSE)-, y, en otros, porque que la solución ha de ser, no la nulidad del período de prueba, con la consiguiente improcedencia de la resolución contractual

producida, sino la fijación de la indemnización correspondiente a la ausencia de preaviso razonable.

Esta permeabilidad a la CSE en la primera y segunda instancia judicial, no está siendo, de momento, acompañada por las resoluciones del Tribunal Supremo que, con su “*desfasada noción de jurisprudencia*”<sup>29</sup>, inadmite los recursos de casación en unificación de doctrina de dos de las materias aludidas (Autos de 4 de noviembre de 2015, 30 de noviembre de 2016 o 20 de abril de 2017) en los que determina la «*falta de idoneidad*» de las decisiones de fondo y las conclusiones del CEDS a los efectos de los requisitos exigidos por el art. 219 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*. En todo caso, ni éstas ni las del Tribunal Constitucional, previas y posteriores a las señaladas con anterioridad, resolviendo la «*constitucionalidad*» de la normativa que ha originado las controversias (entre otras, las SSTC 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio (Rec. 5603/2012, 5610/2012 y cuestión de inconstitucionalidad 140/2015), impiden que prosiga la ejemplarizante doctrina judicial que opta por emplear el principio de «*favor libertatis*» y el control de convencionalidad<sup>30</sup>.

En todo caso, esa oposición a la CSE, y, todo sea dicho también los Convenios de la ONU<sup>31</sup>, cede, en algunas ocasiones, con otros Tratados, como recientemente ha puesto de manifiesto el TS en una sentencia de 28 de enero de 2018, en la que se abordaba el derecho la pensión de viudedad causada por un ciudadano marroquí, en situación de poligamia. La situación, aunque no está permitida por la legislación española, la aplicación del art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos y del art. 96 de la CE, jerárquicamente superior tras su ratificación, ha derivado en la consideración como causantes a las dos esposas. Con ello, las instancias judiciales superiores reflejan incoherencia en sus resoluciones además de desconocimiento de las fuentes y su ordenación.

#### **4.2. Breve referencia a la reciente sentencia nº 3220/2017 del Tribunal de Primera Instancia de El Pireo: la protección del art. 24 de la Carta Social Europea**

Grecia ha sido un país objeto de particular atención en las instancias judiciales españolas al haber sido uno de los que, hasta el momento, más condenas ha recibido del CEDS por el sistema de reclamaciones colectivas. Esas decisiones de fondo han sido invocadas directamente, ante la identidad del supuesto planteado, de manera que, aunque no está ratificado el protocolo y, con ello, no hay posibilidad de legitimación activa, al abordar y delimitar el contenido de un precepto que sí lo está, lo autoriza.

La situación era observada por investigadores de la materia del resto de países, y principalmente los del aludido, además de con sorpresa, con «*anhelo e ilusión*», puesto

---

<sup>29</sup> Como señala de forma crítica Jimena Quesada, con esta interpretación el TS rememora “*la obsoleta aproximación a la jurisprudencia del Código civil español (...), [se aleja] de los cánones jurisprudenciales europeos más recientes (...)* [y con ello da cuerpo] *a una anomalía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo (...)*”. En *Devaluación y blindaje del Estado social y democrático...op. cit.*, p. 68.

<sup>30</sup> Un estudio completo de la aplicación de las normas internacionales por estas instancias en González de Rivera i Serra, X., “Conversaciones entre la norma internacional y la norma interna: la aplicación por los órganos judiciales”, pp. 85 a 117 y Jimena Quesada, L., “La protección internacional de los derechos sociales y laborales: sinergias y voluntades del principio del *favor libertatis*”, pp. 59 a 84, ambos en la obra colectiva coordinada por Fargas Fernández, J., *Los derechos laborales desde la perspectiva de la teoría general del contrato y de la normativa internacional*, Barcelona, 2016, Huygens.

<sup>31</sup> En este sentido, véase la SAN, sala de lo Contencioso-administrativo, de 2 de febrero de 2018 (Rec. 989/2016), en la que, evocando jurisprudencia del TS y del TC, afirma que “los Dictámenes del Comité no son resoluciones judiciales, al carecer de facultades jurisdiccionales, ni pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, al carecer de competencia para ello”.

que se alcanzaba la protección en el ámbito judicial de un derecho violado, que las autoridades legislativas y/o ejecutivas no restitúan.

Finalmente, el deseo se ha materializado con la “histórica sentencia”<sup>32</sup> del Tribunal de primera instancia de El Pireo nº 3220/2017<sup>33</sup>, que despliega la protección por despido derivada del art. 24 de la CSE revisada. El origen de esta situación se ha de situar en la ratificación de la versión revisada el 18 de marzo de 2016 (con la excepción de los apartados 4 del art. 3 y 12 del art. 19) y, con ello, ese precepto pasó a formar parte de su ordenamiento interno, comprometiéndose a reconocer a los trabajadores “(...) a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio”, y en caso de producirse “(...) a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada” así como su impugnación.

La normativa interna aplicable al supuesto planteado legitima la finalización de un contrato de trabajo como acto unilateral que no precisa de la existencia de una causa. En particular, por lo que se refiere a la Constitución, la libertad de empresa (actividad económica) se considera intrínsecamente a la libertad personal y el principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 5 (“Todas las personas tiene el derecho a desarrollar libremente su personalidad y a participar en la vida social, económica y política del país, siempre que ello no suponga un atentado a los derechos de otro, ni viole la Constitución o las buenas costumbres”), que, en combinación con el apartado primero del art. 22 (“El trabajo constituye un derecho y goza de la protección del Estado, que procurará crear condiciones de pleno empleo para todos los ciudadanos, así como contribuir al progreso moral y material de la población activa, rural y urbana. Todos los que trabajan tendrán derecho, sin tener en cuenta su sexo u otra distinción, a la misma remuneración por el trabajo realizado de igual valor”)<sup>34</sup>, determinan la libertad del empresario para rescindir un contrato, a la vez que la protección frente al despido de los trabajadores. Esas previsiones deben relacionarse con el art. 25, en el que se enmarca el Estado de bienestar, así como, subrayo esta mención, su aplicación a las relaciones entre particulares, referencia incluida en el apartado primero del precepto tras su revisión en el año 2001, conocida normalmente como *Drittwirkung*, proporcionando, con ella, efectos *erga omnes* a los derechos constitucionales<sup>35</sup>.

En el examen de las normas supranacionales, necesario al componer las fuentes reguladoras por aplicación del art. 28 y con valor jerárquico superior desde el momento que son ratificadas, por lo que se refiere al CEDH se reconoce que no tiene un precepto específico que proteja frente a los despidos injustificados, aunque el TEDH ha desplegado

---

<sup>32</sup> Tsimpoukis, C., “Some brief notes on decision nº 3220/2017 of Piraeus’ single-member Court of first instance”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, nº 2 (en prensa), pp. 1 a 7. Me remito a esta referencia para un complete análisis del contenido de la sentencia y un estudio del régimen jurídico del despido en ese país.

<sup>33</sup> Versión original en griego, véase la traducción inglesa realizada por Pap, S., Deliyanni, C., Tsiboukis, C. y Gavalas, N., “Single-member First Instance Court of Piraeus 3220/2017”, *Lex Social, revista de los derechos sociales*, 2018, nº 2 (en prensa), pp. 1 a 14 y 1 a 7.

<sup>34</sup> Estas referencias se complementan con los arts. 669.2 del Código Civil griego, art. 1 de la Ley 2112/1920 y arts. 1 y 5 de la Ley 3198/1955.

<sup>35</sup> Sobre las consecuencias e interpretación de la misma véase Akrivopoulou, C., “Greece: *Drittwirkung* and Taking Private Law Seriously in the Application of Constitutional Rights”, en AA.VV (ed. Oliver, D. y Fedtke, J.), *Human Rights and the Private Sphere Vol 1: A Comparative Study*, UK, 2007, Routledge-Cavendish pp. 165 y ss. [https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2014\\_deo10\\_dp\\_series\\_8.pdf](https://www.eap.gr/images/stories/pdf/2014_deo10_dp_series_8.pdf).

alguna protección en ese sentido por la vía del art. 8 del CEDH, como una de las facetas de la protección de la vida privada y familiar.

Ahora bien, la CSE contiene un precepto en ese sentido, el art. 24 de la versión revisada, que desarrolla su protección en tres aspectos básicos:

1º. La terminación de un contrato de trabajo por iniciativa del empresario debe estar fundamentada en un “motivo legítimo” o, más exactamente en “una causa válida” vinculada a la competencia o capacidad del trabajador o a los requerimientos de funcionamiento de la empresa.

2º. El empresario está obligado a “compensar adecuadamente” cuando el despido es injustificado o proporcionar una reparación adecuada.

3º. Se debe garantizar una protección jurídica adecuada.

El juez, con la normativa aplicable en ese momento, considera que el despido sin causa que autoriza la normativa interna no es compatible con los requerimientos del art. 24 de la CSE revisada, teniendo que, los tribunales a partir de la ratificación, examinar los despidos que se le sometan y verificar si están motivados en una causa válida o no, anulando los que, en consecuencia, no lo observen.

Trasladada esa contundente afirmación sobre las normas internas, el juzgador lleva a la fundamentación de la sentencia la jurisprudencia del CEDS emitida en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 65/2011) y la violación del art. 4.4 de la CSE, en relación con el período de prueba de doce meses establecido por la Ley 3899/2010 -generalizado a todos los contratos, por la disposición 4093/2012- para finalizar fallando lógicamente en los mismos términos.

Con ello, se pone de manifiesto, de nuevo, que la CSE tiene efecto directo, vinculante y valor jerárquico superior frente a la normativa nacional. La aplicación de esta premisa y, con ello, de la protección del derecho que proporciona, con la interpretación del órgano que lo supervisa, no sólo es posible, sino preceptivo puesto que, en suma, como de forma terminante la doctrina ha señalado, “(...) los derechos valen tanto como sus garantías (...)”<sup>36</sup>.

## **5. Reflexiones finales.**

El ordenamiento jurídico está integrado por un conjunto de fuentes, nacionales e internacionales, que deben ser observadas en términos equivalentes, el progreso de un país se ha de medir atendiendo a ese parámetro, es decir, el respeto de los derechos reconocidos y sus garantías.

La protección a diferentes niveles y su complementariedad se erige en el instrumento con el que organizarlas, en ausencia de la determinación de unos reales y efectivos objetivos comunes. Esta es, a mi modo de ver, la solución más apropiada, factible y conciliadora ante la lamentable situación analizada de discrepancias y, también incoherencias, entre los órganos que supervisan el respeto de los Tratados.

En la actualidad es fundamental en España la distinción entre el control de constitucionalidad del control de legalidad o convencionalidad de una norma.

---

<sup>36</sup>Jimena Quesada, L., “La consagración de los derechos fundamentales: de principios generales a texto fundacional de la Unión Europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2014, nº 50, p. 179.

Como su denominación permite fácilmente deducir, con el primero se pretende determinar la adecuación a la Carta Magna de una norma interna, estando encomendado en exclusiva, al Tribunal Constitucional, existiendo numerosa jurisprudencia en este sentido que es tajante al determinar que “no corresponde a la Jurisdicción ordinaria declarar la inconstitucionalidad de las Leyes, para hacer prevalecer el principio de primacía constitucional, sino que (...) en caso de contradicción con la Constitución su invalidación, se encomienda en exclusiva al Tribunal Constitucional, debiendo colaborar los Jueces y Magistrados a esta función cuestionando expresamente aquellas leyes que consideren contrarias a la norma fundamental, pero sin que puedan proceder a su inaplicación” (SSTC 49/1988 de 22 de marzo (Rec. 990/1985), 84/1989 de 10 mayo (Rec. 405/1987), 28/1991 de 14 de febrero (Rec. 852/1987), 207/2013, de 5 de diciembre (Rec. 4285/2013), y, entre otros, el TS (Penal) en la sentencia de 6 de mayo de 2015 (Rec. 1682/2014), en consonancia con el art. 5.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

A ello se añade su vinculación a los compromisos internacionales adquiridos, además, en el art. 96.1, en el sentido de que la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que el propio texto reconoce se ha de realizar “(...) de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” así como las normas de derecho internacional de carácter general generales, que son las que están recogidas en esos preceptos. De existir alguna duda en este sentido debería desaparecer desde la aprobación de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que desarrolla los dos preceptos constitucionales aludidos, y que contiene referencias muy claras en cuanto a la necesaria observancia y prevalencia (art. 29 “Todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”) o el art. 31 “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”).

En suma, se distingue entre la caracterización de constitucionalidad de una norma y su legalidad, para determinar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto de la primera, pero no en cuanto a la segunda, que es la que corresponde hacer a los órganos jurisdiccionales ordinarios, y es en ese plano en el que entra la CSE y debe aplicarla como parámetro de garantía superior, observando el necesario control de convencionalidad. Como ha apuntado la doctrina, el Tribunal Constitucional no es el último intérprete sino la jurisdicción ordinaria, que debe erigirse en la principal garante del respeto de las normas internacionales<sup>37</sup>, sirviendo cada uno de estos pronunciamientos para demostrar a los numerosos escépticos existentes, sobre todo en segunda instancia, que esta interpretación no sólo es posible, sino que es la que exige la legalidad y la Constitución Española, superando la visión de conflicto entre instancias, que no existe, sino de complementariedad, en la que los mínimos a observar son diferentes, aceptando esta realidad y que la norma interna debe ceder frente a la CSE que es más protectora.

---

<sup>37</sup> Molina Navarrete, C., «Reforma laboral y «justicia constitucional»: el Tribunal Constitucional ni es «infalible» ni ya tiene la «última palabra». Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros*, nº 377-378, 2014, pp. 187 y ss.

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

A mi modo de ver, no debe haber ninguna duda de que la CSE tiene que ser objeto de aplicación por los órganos jurisdiccionales ordinarios, de forma prioritaria en caso de que proporcione una protección superior a la norma ordinaria, con independencia de su examen por el TC. *La propia CSE en el art. 32 (H de la versión revisada) literalmente dispone su no afectación “(...) a las disposiciones de derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas”, y de la misma manera se ha de entender a la inversa, es decir, si la norma interna otorga una protección frente a la internacional, debe ceder ante la existencia del compromiso adquirido por el Estado.*

Es así como la suscripción por un país evidencia su compromiso real con los derechos y con sus garantías supranacionales, demostrando que no son simples textos teóricos carentes de efectividad. La paz, la democracia y el Estado Social deben ser recuperados y salir reforzados de la crisis y para ello la CSE es el instrumento fundamental para su consecución y, con ella, las interpretaciones del CEDS que, en suma, se dirigen a garantizar y hacer efectivas las condiciones básicas e inherentes a la dignidad humana.