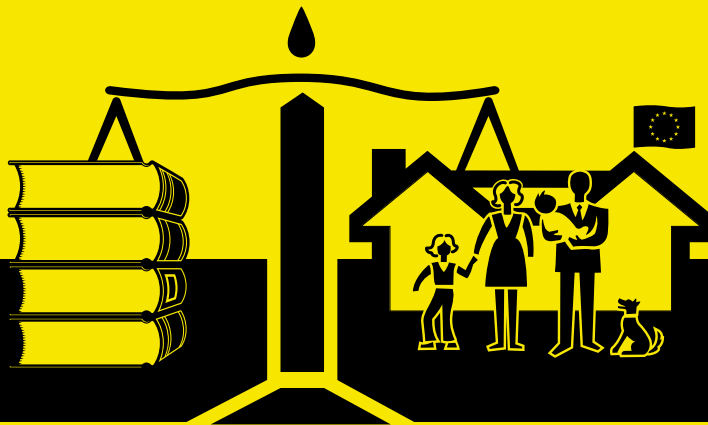


# ACTUAL

73 2015



## Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales



Centro de Estudios Andaluces  
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL

IDAD

LA FUNDACIÓN CENTRO DE ESTUDIOS ANDALUCES ES UNA ENTIDAD DE CARÁCTER CIENTÍFICO Y CULTURAL, SIN ÁNIMO DE LUCRO, ADSCRITA A LA CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. ENTRE NUESTROS OBJETIVOS FUNDACIONALES SE ESTABLECEN EL FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA, LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTO SOBRE LA REALIDAD SOCIAL, ECONÓMICA Y CULTURAL DE ANDALUCÍA Y LA DIFUSIÓN DE SUS RESULTADOS EN BENEFICIO DE TODA LA SOCIEDAD.

NUESTRO COMPROMISO CON EL PROGRESO DE ANDALUCÍA NOS IMPULSA A LA CREACIÓN DE ESPACIOS DE INTERCAMBIO DE CONOCIMIENTO CON LA COMUNIDAD CIENTÍFICA E INTELLECTUAL Y CON LA CIUDADANÍA EN GENERAL, Y A LA COLABORACIÓN ACTIVA CON LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS QUE INFLUYEN EN EL DESARROLLO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

LA COLECCIÓN ACTUALIDAD FORMA PARTE DEL CATÁLOGO DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS DE LA FUNDACIÓN Y ESTÁ DESTINADA TANTO AL LECTOR ESPECIALIZADO COMO A LA OPINIÓN PÚBLICA EN GENERAL. CADA UNA DE SUS EDICIONES SE ESTRUCTURA COMO INFORMES MONOGRÁFICOS PARA EL FOMENTO DE LA REFLEXIÓN Y EL ANÁLISIS SOBRE ASPECTOS DE RELEVANCIA PARA LA SOCIEDAD ANDALUZA DEL SIGLO XXI.

LAS OPINIONES PUBLICADAS POR LOS AUTORES EN ESTA COLECCIÓN SON DE SU EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD.

© Del texto: Carmen Salcedo Beltrán, julio de 2015

© De la edición: Fundación Pública Andaluza

Centro de Estudios Andaluces, julio de 2015

Bailén 50, 41001 Sevilla.

Tel.: 955 055 210. Fax: 955 055 211

[www.centrodeestudiosandaluces.es](http://www.centrodeestudiosandaluces.es)

Depósito Legal: SE-1688-05

I.S.S.N.: 1699-8294

Ejemplar Gratuito. Prohibida su venta.





# Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales

**M.ª CARMEN SALCEDO BELTRÁN**

Universidad de Valencia

Membre du Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne (Conseil de l'Europe)

*Versión actualizada de la Ponencia impartida el 25 de abril de 2014 en el XVII Foro de Expertos: Derechos sociales en Europa, España y Andalucía. Actividad del Foro Permanente sobre el Estado Autónomo (Centro de Estudios Andaluces, Sevilla).*

# ÍNDICE

1. La aprobación de dos reformas legislativas muy cuestionadas: la Ley 3/2012, de 6 de julio y el RDL 16/2012, de 20 de abril	7
2. Aplicación de la Carta Social Europea y de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en España .....	8
3. El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: vulneración del art. 4.4 de la Carta Social Europea .....	15
4. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular: vulneración del art. 11.1 de la Carta Social Europea .....	26
5. La obligación de observar la normativa y jurisprudencia internacional: control de convencionalidad .....	30
6. A modo de conclusión .....	32
7. Notas .....	33

## Principales abreviaturas utilizadas

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

CEDH: Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

CEDS: Comité Europeo de Derechos Sociales.

CSE: Carta Social Europea, cuando la referencia es a la versión revisada se hace constar expresamente.

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LA LEY: referencia a la Base de datos <http://laleydigital.laley.es>.

OIT: Organización Internacional de Trabajo.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

RDL: Real Decreto-ley.

Rec.: Recurso.

SJS: Sentencia Juzgado de lo Social.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

TC: Tribunal Constitucional.

UE: Unión Europea.

# 1. La aprobación de dos reformas legislativas muy cuestionadas: la Ley 3/2012, de 6 de julio y el RDL 16/2012, de 20 de abril

El año 2012 se caracterizó por la aprobación de dos normas que tuvieron gran repercusión pública por los cambios que realizaron en el marco jurídico vigente en esos momentos. Concretamente me estoy refiriendo, por un lado, al RDL 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral* y, por otro lado, al RDL 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*.

Transcurridos más de tres años desde su entrada en vigor, algunas de sus medidas han sido objeto de valoración por el Comité Europeo de Derechos Sociales en cuanto a su conformidad respecto de la Carta Social Europea. En concreto, el RDL 3/2012, primero se realizó de forma que se podría denominar indirecta, por la Decisión de Fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación n.º 65), en relación con una reclamación de varias organizaciones sindicales griegas contra una norma de ese país con una regulación análoga, y con posterioridad, de forma directa a través de las Conclusiones XX-3 (2014)<sup>1</sup>, publicadas el 22 de enero de 2015.

En cuanto a la segunda norma, también se ha realizado de forma directa, pero con las Conclusiones XX-2 (2013)<sup>2</sup>, publicadas el 29 de enero de 2014. En los dos supuestos, se ha determinado que España vulnera el Tratado Internacional, por un lado, con referencia al período de prueba de un año del contrato de apoyo a emprendedores y, por otro lado, con la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular.

Ante estos pronunciamientos, los responsables gubernamentales deben proceder a modificar o derogar esa normativa, pudiendo los ciudadanos o trabajadores, en el caso de no proceder a ello, acudir a los tribunales ordinarios

solicitando el reconocimiento del derecho que está siendo violado, teniendo que obtenerlo por la aplicación del control de convencionalidad, como están realizando los órganos jurisdiccionales del orden social desde finales de 2013 y así continúan en la actualidad, como se mostrará en las páginas siguientes, y ello con independencia de la declaración de constitucionalidad que ha realizado el Tribunal Constitucional de una de esas normas.

Resulta evidente, por tanto, la trascendencia que tiene en estos momentos conocer la CSE, la jurisprudencia del CEDS, órgano que se encarga de controlar su aplicación, así como la articulación del derecho interno y del internacional cuando aquél incumple las obligaciones derivadas de éste, dedicándose este trabajo a su estudio, puesto que es manifiesto su desconocimiento, procediendo a continuación al análisis de los incumplimientos señalados.

**La Carta Social Europea es el tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales. Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos**

## 2. Aplicación de la Carta Social Europea y de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales en España

### 2.1. La Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988

La Carta Social Europea (CSE) es el Tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, como así ha puesto de manifiesto la doctrina al definirla como el «...instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales...»<sup>3</sup>, el «...instrumento más emblemático del Derecho europeo de los sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos»<sup>4</sup> o el «...instrumento jurídico que colabora de manera decisiva a la creación de espacios sociales en los que se garantiza un adecuado nivel de vida y, a su vez, representa el punto de referencia esencial del desarrollo de los derechos sociales en Europa»<sup>5</sup>.

No obstante, la realidad no refleja esa relevancia ya que la omnipresencia del derecho de la Unión Europea provoca que, con frecuencia, sea ignorada, confundida e incluso encuadrada en el mismo. En la actualidad, como se ha apuntado, su estudio es imprescindible ante la relevancia que tiene la jurisprudencia que está dictando el CEDS valorando las numerosas modificaciones legislativas que están adoptando los países comunitarios, que tienen su origen en los condicionantes que les exigen o en el cumplimiento de sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>6</sup>.

Fue adoptada originariamente en Turín el 18 de octubre de 1961 y entró en vigor el 26 de febrero de 1965, como complemento del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esa aprobación separada, así como el establecimiento de un procedimiento

de vigilancia de su cumplimiento diferente, al que luego haré referencia, se justifica en la dificultad de conseguir un consenso por parte de los Estados «...sobre qué derechos se debían garantizar, su alcance y el mecanismo de control»<sup>7</sup>, puesto que, si bien su adopción evidencia un progreso social, concretado, en el reconocimiento y mejora de los derechos sociales, la CSE se observa como una «...fuente de gastos adicionales que (...) han de soportar el Estado o los empresarios, [traduciéndose] esa carga financiera (...) irremediablemente en un aumento del coste y de los precios de los bienes producidos en el país que pretende llevar a cabo ese avance social (...), [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>8</sup>.

En cualquier caso, los dos textos son complementarios<sup>9</sup>, no siendo posible establecer, como ha señalado la doctrina, una separación absoluta entre, por un parte, los derechos del primer texto, y, por otra parte, los del segundo, ya que están relacionados. Una lectura del CEDH evidencia que no es ajeno al reconocimiento de derechos sociales pues el art. 4 contiene la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado, y el art. 11 la libertad de reunión y de asociación, precisando de un texto adicional que ampliara, integrara y regulara de forma completa este tipo de derechos que no estaban referenciados<sup>10</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 todos los de la Unión Europea, debiendo garantizar un mínimo de preceptos, como luego se explicará, no existiendo, al menos teóricamente, diferencias muy notables. Ahora bien, se ha de reconocer que la pertenencia al Consejo de Europea se supedita a la ratificación del CEDH y no así a la CSE, existiendo cuatro países, Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza que, formando parte del mismo, no la han ratificado, dejando patente la posición secundaria que tiene dentro del propio Consejo de Europa, que es enfatizada por la Unión Europea, pese a que se ha reconocido la influencia directa de la CSE en normas comunitarias, citando en este sentido la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>11</sup>.

Los dos Tratados se pueden caracterizar, a mi modo de ver, como los más importantes del organismo en el que hay que situar su origen, el Consejo de Europa, creado el 5 de mayo de 1949 por diez Estados fundadores, teniendo el honor de ser la agrupación más numerosa y antigua a nivel europeo integrada en total por 47 países.

Su finalidad principal es la de «...realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico



y social» (art. 1 a) del Estatuto), materializándola a través de los órganos que lo componen que son, por un lado, el Comité de Ministros —órgano decisorio— y, por otro lado, la Asamblea Parlamentaria —órgano de deliberación—, «...mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (art. 1 b) del Estatuto).

Entrando en el contenido de la CSE, declara el Preámbulo, que la aprobación se realiza con el objetivo de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa<sup>12</sup>.

Establece, como compromisos de las partes contratantes, a considerarse vinculadas por una serie de derechos y obligaciones (Parte II), entre ellos, 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).

**Declara el Preámbulo que la aprobación se realiza con el objetivo de garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa**

La parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, explicando el peculiar sistema de ratificación de la misma al que luego me referiré.

En cuanto a la parte IV, contiene la regulación del sistema de control de aplicación de la CSE de presentación de informes, atribuido al anteriormente denominado Comité de Expertos, que actualmente se denomina CEDS, formado por quince expertos independientes e imparciales, elegidos por el Comité de Ministros para un mandato de duración de seis años, pudiendo ser renovado una vez.

La parte V, arts. 30 a 38, incluye, entre otros aspectos, la suspensión de las obligaciones de los Estados en caso de guerra o peligro público, restricciones o limitaciones de su aplicación necesarias en una sociedad democrática «...para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres» (art. 31), las relaciones de la CSE y el derecho interno, la aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma, la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37). Respecto de esta última se ha de subrayar la posibilidad de realizarla total o parcialmente, de un precepto o párrafo, siempre que observe unos requisitos temporales y quede obligada por un número mínimo de artículos o párrafos<sup>13</sup>.

Finalmente, el anexo realiza aclaraciones en cuanto a dudas interpretativas que puedan surgir en la puesta en práctica de la CSE.

El sistema de ratificación es peculiar, en el sentido de que es posible que no todos los Estados estén obligados por las mismas disposiciones, de manera que se comprometen, según la redacción del art. 20.1 a) y b) de la CSE, «...a considerar la Parte I (...) como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados (...) a considerarse obligada por al menos cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II...», es decir, los Estados han de optar por ratificar, por un lado, al menos, cinco artículos del núcleo duro de la CSE<sup>14</sup>, en concreto, el derecho al trabajo (art. 1), el derecho de sindicación (art. 5), el derecho a la negociación colectiva (art. 6), el derecho a la Seguridad Social (art. 12), el derecho a la asistencia social y médica (art. 13), el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica (art. 16) y el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia (art. 19).

Y, por otro lado, los Estados deben ratificar además «...un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que elija dicha parte contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados» (art. 20.1 c) de la CSE).

Esta modalidad de suscripción se ha señalado que, si bien es flexible, presenta inconvenientes puesto que los Estados pueden caer «...en la tentación (...) de aceptar sólo aquellos artículos que no les comprometen a demasiados esfuerzos...»<sup>15</sup>.

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

Posteriormente fue modificada con la aprobación de tres protocolos, siendo el primero de 5 de mayo de 1988 (Protocolo Adicional), que añade cuatro derechos, el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminaciones por razones de sexo (art. 1), el derecho a la información y consulta dentro de la empresa (art. 2), el derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral (art. 3) y, por último, el derecho a la protección social de las personas ancianas (art. 4).

Este protocolo fue firmado por España el 5 de mayo de 1998 y ratificado en su totalidad el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril). Previamente el 25 de febrero de 1999 (Expediente 348/1999), el Consejo de Estado había dictaminado que esta norma «...no sólo no plantea problemas de aplicación en España sino que concuerda en buena medida con las previsiones y objetivos del Derecho interno, de modo que su ratificación no implicará la necesidad de modificar la legislación vigente».

**España ratificó en su totalidad la Carta Social Europea de 1961 por Instrumento de 29-4-1980, estando, en consecuencia, vinculada por las garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el Comité Europeo de Derechos Sociales. No ha firmado ni ratificado el Protocolo de Reclamaciones Colectivas. Firmó la versión revisada el 23-10-2000 pero está pendiente su ratificación**

El segundo protocolo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos de la Carta Social Europea con la finalidad de mejorar «...la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control»<sup>16</sup>. 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 por el Protocolo...» (art. 7), estando en estos momentos ratificado sólo por 23 países. El Comité de Ministros en la 467.ª Reunión 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 anterior, fue firmado por España el 21 de octubre de 1991 y ratificado el 24 de enero de 2000 (BOE de 25 de abril), habiendo dictaminado el Consejo de Estado el 18 de marzo de 1999 (Expediente 346/1999) que este Protocolo...

«...introduce ciertas modificaciones en relación a las funciones, órganos y funcionamiento de los mecanismos institucionales previstos originariamente, dando carta de naturaleza positiva a algunas prácticas que ya se vienen observando [y que] aunque ello no signifique una alteración radical de la estructura ni de las funciones actuales ejercidas, teniendo en cuenta la importancia política que tiene la Carta de Turín de 1961 en el ámbito de los derechos económicos y sociales y los esfuerzos por proveer a su mayor protección en el ámbito del Consejo de Europa, puede considerarse que el Protocolo de Enmienda de dicha Carta se sitúa en ese plano de trascendencia política, quedando así comprendido en el párrafo a) del artículo 94.1 de la Constitución».

Finalmente, el tercer Protocolo de 9 de noviembre de 1995, adiciona a la Carta Social Europea un importante procedimiento de reclamaciones colectivas con el objetivo de «...mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta», reforzando «...la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales», que será analizado con más detenimiento posteriormente.

España no ha firmado ni ratificado este protocolo.

La necesidad de ordenar este panorama hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la CS revisada. Su estructura es similar a la de primera versión, teniendo ahora la parte I treinta y un puntos de carácter programático, la parte II consta de los correspondientes 31 artículos vinculantes, que son los 19 de la CSE anterior, habiéndose mejorado la redacción de algunos de ellos, los cuatro nuevos derechos del Protocolo de 1988 (arts. 20 a 23) y añade como nuevos, 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 (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 a la 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).

Como la redacción de la CSE originaria es ampliada por la CSE revisada, los Estados se obligan a ratificarla

«...a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de los objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados (...), a considerarse obligada por al menos seis de los nueve artículos siguientes de la Parte II de la Carta (...), a considerarse obligada por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que ella elija, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará obligada no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados» (art. 20.1 c) de la CSE).

Se ha valorado de forma positiva la ampliación de derechos, caracterización que, por el contrario, no se puede predicar en cuanto a la materialización o puesta en práctica del sistema de control, puesto que, en cuanto al eficaz y relevante procedimiento de reclamaciones colectivas, señala que se aplicará sólo a los Estados que hayan ratificado el Protocolo que lo regula, pudiendo, los que no lo han hecho, declarar específicamente su adhesión, en el momento del depósito del instrumento de ratificación de la CSE revisada o en uno posterior,

«...mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa que acepta la supervisión de sus obligaciones (...) según el procedimiento establecido en dicho Protocolo» (art. D.2).

Dada la relevancia y eficacia demostrada de este mecanismo, hubiera sido deseable que se estableciera de forma generalizada su carácter obligatorio a cualquier parte contratante que ratificara la CSE revisada, sin necesidad de realizar una adhesión *ad hoc* del Protocolo de reclamaciones colectivas o de la declaración específica. En consecuencia, se ha de tener claro que ratificar la CSE, ya sea en su versión originaria como en la revisada, no conlleva la aplicación automática del Procedimiento de reclamaciones colectivas. Por ello, hay 33 países que han ratificado la CSE revisada (del total de 43, 10 lo han hecho de la originaria), y el Protocolo de reclamaciones colectivas sólo se puede utilizar en 15. Además, incluso es posible suscribir la originaria, y poder utilizar el procedimiento de reclamaciones colectivas, como es el caso concreto de tres países (Croacia, República Checa y Grecia).

A mi juicio, se debería proceder a modificar este aspecto de la misma forma que se hizo en su momento con la posibilidad de interponer reclamaciones individuales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, organismo de control del CEDH, al que, si bien en un principio se requería para su actuación que un Estado aceptara su jurisdicción, actualmente ya no lo es, pudiendo

dirigirse cualquier persona «...que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos» (art. 34 del CEDH) sin necesidad de esa aceptación, al atribuirse un carácter generalizado y considerarlo como un derecho, existiendo un compromiso en el mismo precepto por parte de los Estados de «...no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

España firmó la CSE revisada el 23 de octubre de 2000 pero está pendiente su ratificación. El Consejo de Estado dictaminó el 11 de mayo de 2000 (expediente n.º 1740/2000), en relación con la misma, que,

«...en principio no plantea problemas de aplicación en nuestro país, ya que concuerda con nuestro derecho interno, por lo que su ratificación no implicaría la necesidad de modificar nuestra legislación...»,

estando

«...ante un tratado internacional que incide sobre derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I de la Constitución (artículos 14, 35, 37, 40 y 50) y que recae sobre materias reguladas por Ley en el ordenamiento español (...), [estimándose] comprendido en los párrafos c) y e) del artículo 94.1 de la Constitución, con el consiguiente requerimiento de autorización de las Cortes Generales con carácter previo a su conclusión».

Ahora bien, también se ha de señalar que añadió una observación consistente en que

«...existe cierta reticencia entre los Estados miembros, especialmente los pertenecientes a la Unión Europea, a ratificar este texto, si bien la mayoría de ellos lo han firmado. Ello es debido a que se incluyen más obligaciones que en el texto vigente, y a la interpretación que de las mismas y de su alcance realiza el Comité de Expertos Independientes».

Esa desconfianza de la UE se fundamenta en la posibilidad de que se produzcan resoluciones divergentes entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el CEDS<sup>17</sup>. Resulta absurdo en este sentido, que la Unión Europea esté tramitando la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6.2 y 3 del Tratado de la Unión Europea) y, sin embargo, no lo haya hecho respecto de la CSE, ignorando el principio de indivisibilidad de los derechos humanos que se ha apuntado anteriormente, no pudiendo ser clasificados o separados entre los que tienen carácter social, político, económico o de otra índole, sino que todos tienen la misma importancia, valor y están conectados unos con otros<sup>18</sup>.

Numerosas han sido las críticas a esa falta de ratificación<sup>19</sup>, ya que no existe ningún impedimento legislativo como ha establecido el Consejo de Estado, unido a que carece de lógica desde el momento en que los derechos sociales de la CSE revisada están actualmente reconocidos en la normativa interna y se encuentran prácticamente de forma idéntica recogidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, obligatoria para España des-

de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 (Instrumento de ratificación publicado en el BOE de 27 de noviembre de 2009).

Es sorprendente que la suscripción de la CSE de 1961 se realizara cinco meses después de su adhesión al Consejo de Europa, evidenciando el compromiso de España en el reconocimiento y garantía de los derechos sociales y que, sin embargo, la versión revisada no le inspire la misma idea cuando sí que lo han hecho la gran mayoría de países de Europa, incluso algunos que tienen una trayectoria democrática mucho menos consolidada que la nuestra (entre otros Albania, Armenia, Azerbaiyán, Turquía, Macedonia, Montenegro, Rusia, etc.).

No obstante, esto no ha de llevar a considerar que la norma no despliega su protección, pues están los derechos laborales reconocidos en su versión originaria, controlada su aplicación por el CEDS y la vinculación por las interpretaciones que este organismo realice que, dada su redacción concreta y precisa, pueden ser alegadas en las jurisdicciones nacionales en la reivindicación de derechos y competencias, como luego se razonará de forma más detenida.

## 2.2. Los mecanismos de control

Una vez se ha desarrollado la normativa ratificada por España con sus principales características, los mecanismos de control de su cumplimiento son dos, el sistema de informes, aplicable a todos los Estados que han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, y el procedimiento de reclamaciones colectivas, que sólo pueden utilizar los países que han ratificado el Protocolo que lo regula o realizan una adhesión expresa, entre los que no se encuentra España, pudiendo, no obstante, invocarse en nuestros tribunales la jurisprudencia que se emita en el mismo.

### 2.2.1. El procedimiento de informes

El procedimiento de control denominado de informes se instauró conjuntamente con la aprobación de la CSE, caracterizado por ser obligatorio para todos los Estados que la han ratificado. Regulado en la parte IV del Tratado (arts. 25 a 29), en su desarrollo, intervienen tres organismos, el CEDS, el Comité Gubernamental y el Comité de Ministros.

El primero es el máximo órgano encargado de la interpretación, defensa y control en cuanto a la normativa y práctica de los Estados, que, sin tener formalmente carácter jurisdiccional, emite conclusiones y decisiones de fondo de carácter vinculante. Está compuesto por 15 expertos independientes, de

máxima integridad y competencia reconocida en cuestiones sociales internacionales, elegidos por el Comité de Ministros<sup>20</sup>, para un mandato de seis años, renovable una vez (art. 25 CSE).

Las partes contratantes le remiten al CEDS cada año un Informe en el que explican cómo están observando la CSE en su país al aprobar la normativa o ejecutar una práctica<sup>21</sup>. El contenido no abarca la totalidad sino el grupo temático correspondiente a ese año, habiendo organizado cuatro, el Grupo 1 sobre empleo, formación e igualdad de oportunidades (arts. 1, 9, 10, 15, 18, 20, 24 y 25), el Grupo 2 sobre salud, seguridad social y protección social (arts. 3, 11, 12, 13, 14, 23 y 30), el Grupo 3 sobre derechos relacionados con el trabajo (arts. 2, 4, 5, 6, 21, 22, 26, 28 y 29) y el Grupo 4 sobre niños, familia y migrantes (arts. 7, 8, 16, 17, 19, 27 y 31), con lo que cada parte de la CSE es analizada cada cuatro años.

Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo éstas, a su vez, presentar observaciones a los mismos (art. 23), calificándose de muy importantes pues suministran información adicional al organismo que puede haber omitido el país, de forma interesada, al presentar el informe.

Toda la documentación aportada pasa a ser examinada, durante el año siguiente, por el CEDS, que finalmente dicta una conclusión en la que decide la conformidad o no del país a la CSE originaria o revisada y al Protocolo de 1988, imponiendo, en el segundo caso, a los Estados Parte la adopción de medidas de mejora o corrección.

Una vez se han hecho públicas las Conclusiones, se transmiten al Comité Gubernamental, órgano compuesto por un representante de los gobiernos de cada una de las Partes Contratantes, que supervisará el cumplimiento de las Conclusiones. Este trámite se desarrolla invitando, como máximo, «...a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores, para que envíen observadores a título consultivo a sus reuniones...» y convoca «...para consulta a representantes de organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que tengan especial competencia en las materias reguladas...» por la CSE (art. 27.2).

A continuación, «...preparará las decisiones del Comité de Ministros...», seleccionando de manera motivada «...sobre la base de consideraciones de política social, económica y de otra índole, aquellas situaciones que, a su juicio, deberían ser objeto de recomendaciones dirigidas a las Partes Contratantes interesadas...» presentando finalmente un informe (art. 27.3)<sup>22</sup>.

Por último, interviene el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Exteriores de todos los Estados miembros o sus representantes permanentes en Estrasburgo. Su función principal es la de vigilar, junto con la Asamblea Parlamentaria, que se apliquen los valores para los que se fundó el Consejo de Europa, supervisando el cumplimiento de los compromisos aceptados por los Estados miembros.

Con base en el informe elaborado por el Comité Gubernamental, el Comité de Ministros puede emitir, por una mayoría de dos tercios de los miembros, una Recomendación solicitando que modifique y adapte su normativa a los dictados del Convenio (art. 29). Esta intervención es objeto de crítica por la doctrina, puesto que es una supervisión de «...naturaleza política...» en la que «...la ejecución de las decisiones del CEDS queda en cierto modo a merced de la voluntad política de los Estados»<sup>23</sup>. Debe quedar clara, y así ha precisado en alguna ocasión el CEDS, que «...la apreciación jurídica de la conformidad o no de la situación con la Carta corresponde únicamente al Comité Europeo de Derechos Sociales (...); el Comité de Ministros no ostenta la facultad de poner en entredicho la apreciación jurídica del Comité (...), sino solamente la de emitir o no una Recomendación al respecto dirigida al Estado afectado»<sup>24</sup>.

El procedimiento ha sido, con frecuencia, cuestionado por la posibilidad de que no valoren de la misma forma todos los órganos que intervienen, por la carencia de «...una importante fuerza de reacción ante situaciones nacionales que merecerían una respuesta más rápida en términos de justicia social, pues en el intervalo de cuatro años entre informe e informe referente a cada grupo temático, es posible que se hayan producido cambios normativos o jurisprudenciales

**Los mecanismos de control de su cumplimiento son dos: por un lado, el sistema de informes, aplicable a todos los Estados que han ratificado la Carta Social Europea, originaria y/o revisada; por otro lado, el procedimiento de reclamaciones colectivas, que sólo pueden utilizar los países que han ratificado el Protocolo que lo regula o realizan una adhesión expresa**

internos, con Conclusiones tardías del CEDS»<sup>25</sup>, o por la escasa eficacia ante la «...ausencia de una respuesta positiva del Estado a los requerimientos insertos en las recomendaciones del Comité de Ministros...»<sup>26</sup>.

Recientemente este procedimiento se ha modificado en la 1196e reunión (2-3 abril 2014) del Comité de Ministros, en la que se ha decidido que los Estados que tengan ratificado el procedimiento de reclamaciones colectivas podrán presentar un informe simplificado, distinguiendo dentro de estos dos grupos, atendiendo al número de reclamaciones que se han interpuesto.

## 2.2.2. El procedimiento de reclamaciones colectivas

El segundo procedimiento de control establecido es el de reclamaciones colectivas, caracterizado como el más importante por las peculiares connotaciones que tiene y la celeridad en su tramitación, habiendo reforzado el cumplimiento de la CSE.

Su aprobación se efectuó con la finalidad, como señala el Preámbulo del Protocolo que lo regula, de «...mejorar la aplicación efectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta», considerando que ese objetivo puede conseguirse, en particular «...mediante el establecimiento de un procedimiento de reclamaciones colectivas que, entre otros aspectos, reforzaría la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales».

Se ha de destacar, en primer lugar, su carácter «preventivo», en el sentido de que se puede interponer sin necesidad de demostrar que se han iniciado los efectos negativos de la norma o práctica que se impugna ya que se trata de que se dictamine su conformidad o no con la CSE<sup>27</sup>.

En segundo lugar, no es necesario agotar previamente los procedimientos jurisdiccionales nacionales, distinguiéndose de, por ejemplo, la posibilidad de recurrir al TEDH, en la que sí que se han de agotar las instancias previas.

En tercer lugar, no puede destinarse, como su denominación indica, para reclamaciones individuales, como sí puede hacerse, sin embargo, para el sistema implantado en defensa del CEDH, por lo que no se está ante un mecanismo que restablezca un derecho a una persona concreta<sup>28</sup>.

Por último, en cuarto lugar, se diferencia también en que la suscripción del CEDH implica necesariamente el sometimiento al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no produciéndose esa automaticidad entre la ratificación de la Carta Social Europea, originaria o revisada, y el procedimiento de reclamaciones colectivas como se ha apuntado anteriormente.

Están legitimados para interponer una reclamación, las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores<sup>29</sup>, las organizaciones nacionales representativas sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación, las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el Consejo de Europa y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental<sup>30</sup> así como cualquier organización nacional no gubernamental no representativa que reconozca un Estado Contratante el derecho a presentar reclamaciones (arts. 1 y 2)<sup>31</sup>, no teniendo que ser estos sujetos víctimas directas de la vulneración que se alega, pues pueden actuar en representación de otros<sup>32</sup>.

Se distingue del procedimiento de informes en que no se aplica a todos los Estados que han suscrito la CSE, puesto que es de carácter facultativo. Se erige en requisito indispensable para que pueda utilizarse, como se explicó anteriormente, que se ratifique el Protocolo concreto que lo regula o se realice una declaración específica por el país, al suscribir la CSE, originaria y/ revisada, aceptando la supervisión de sus obligaciones derivadas de la misma según el procedimiento establecido en dicho Protocolo (art. D.2 parte IV).

La reclamación se presenta por escrito, en la que se debe hacer referencia al precepto o preceptos de la CSE aceptado/s y en qué medida no está siendo observado por el Estado, que será remitida al CEDS que se pronunciará, en un principio, sobre su admisibilidad o no (*décision sur la recevabilité*). En el caso de producirse lo primero, instruye el procedimiento, en el que puede solicitar a las partes las aclaraciones, informaciones u observaciones escritas que procedan, así como organizar una audiencia con sus representantes (art. 7).

Existe la posibilidad de que, de oficio o a instancia de parte, se adopten excepcionalmente medidas inmediatas, reguladas en el art. 36 del Reglamento del CEDS, con el propósito de evitar que se produzca un grave daño irreparable y de asegurar el respeto efectivo de los derechos reconocidos en la CSE. En el año 2013 se adoptó la primera, a través de la Decisión de 25 de octubre de 2013, requerida por la Conferencia de Iglesias Europeas

(CEC) contra los Países Bajos (Reclamación 90/2013), en la que se solicitó la suspensión de la aplicación de la normativa que excluye a los extranjeros sin papeles del acceso al alojamiento, la alimentación, etc., invitando al Gobierno a que la adopte, con el objetivo de asegurar la dignidad de este colectivo y no empeorar su situación<sup>33</sup>.

Una vez estudiada la controversia planteada, el CEDS adopta una Decisión, de estructura muy similar a una sentencia, en la que se pronunciará sobre el fondo del asunto, que transmitirá a las partes y al Comité de Ministros<sup>34</sup>, siendo publicada en un plazo máximo de cuatro meses.

El procedimiento finaliza con la emisión de una Resolución por el Comité de Ministros y, en su caso, de una Recomendación en la que determina que la normativa no es acorde con el articulado de la CSE e invita a la adopción de medidas al respecto, estando obligado el Estado a informar sobre su cumplimiento en el siguiente informe que presente.

Como anteriormente se ha explicado, España no ha ratificado el sistema de reclamaciones colectivas, con lo que no es posible utilizarlo para hacer frente a vulneraciones de derechos reconocidos en la misma. Si bien los mecanismos de protección a los que recurrir son inferiores en comparación con los que tienen los agentes sociales de otro país que sí ha realizado esa ratificación, en ningún caso se ha de relativizar la posible aplicación de la CSE y la vinculación a las interpretaciones y resoluciones que dicte el CEDS, pues la jurisprudencia que emita respecto de la CSE originaria se puede invocar en los tribunales, como así han realizado algunas de las sentencias de los órganos jurisdiccionales que se analizarán en este estudio.

**El procedimiento de reclamaciones colectivas se caracteriza, entre otros aspectos, por su celeridad, su carácter preventivo y colectivo, así como por no ser necesario agotar las vías jurisdiccionales internas**

# 3. El período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: vulneración del art. 4.4 de la Carta Social Europea

## 3.1. Marco normativo y principales características

Una de las novedades que se incluyeron con la reforma laboral aprobada con el RDL 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, consistió en la creación de una nueva modalidad contractual denominada «contrato de apoyo a emprendedores».

Brevemente señalaré que se trata de un contrato indefinido que puede concertarse a tiempo completo o parcial. Con carácter general, el régimen jurídico que se le aplica es el de los contratos regulados en el ET y en los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido ordinarios, con la única excepción de la duración del periodo de prueba (art. 4.3 de la Ley 3/2012), siendo éste el aspecto más polémico al establecer que su duración será «de un año», con independencia del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y de la capacitación previa que tenga el trabajador.

La amplia respuesta negativa que supuso su aprobación provocó que, en la convalidación del RDL 3/2012 realizada por la Ley 3/2012, de 6 de julio, se incluyera una Disposición adicional novena por la que se determinó que sólo podrá utilizarse «...hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del 15 por ciento...», estando actualmente en el 23,78 % (abril de 2015).

La realización de esta mínima modificación llevó a que, escasos meses después de su convalidación, se impugnara esa regulación ante los órganos jurisdiccionales nacionales y las instancias supranacionales.

Así, en primer lugar están los recursos de inconstitucionalidad interpuestos al TC, habiéndose resuelto a mediados de 2014 y principios de 2015.

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

En consecuencia, se limita simplemente a invitar al Gobierno

«...a presentar informaciones sobre la evolución del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, y a la luz de las informaciones disponibles, a examinar la posibilidad de adoptar medidas, en consulta con los interlocutores sociales, para evitar que ese tipo de contrato sea terminado por iniciativa de un empleador con el objeto de eludir de manera abusiva la protección prevista en el Convenio»<sup>35</sup>.

Y, por otro lado, las alegaciones presentadas al CEDS por las organizaciones aludidas al Informe 26e elaborado por el Gobierno, del que se han emitido las Conclusiones en diciembre de 2014, acogiendo gran parte de las reivindicaciones sindicales.

Ninguna de estas actuaciones ha provocado que el Gobierno lo suprima pues a la hora de aprobar el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de *medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores*, lejos de suprimirlo, ha ampliado la posibilidad de celebrar este contrato a jornada parcial<sup>36</sup>.

Los últimos datos estadísticos señalan que, desde febrero de 2012 hasta abril de 2015, se han firmado 213.608 contratos de apoyo a emprendedores (en 2012 fueron 77.260, en 2013 ascendieron a 78.721, en 2014 a 98.751 y hasta abril de 2015 un total 38.993<sup>37</sup>) y que, en su concertación, se ha convertido en un factor preponderante el hecho de que pueda ser resuelto por parte del empresario durante el período de un año, pasando a un carácter secundario, los incentivos y bonificaciones que se le han atribuido,

aspecto que se demuestra en el considerable incremento de las altas en las prestaciones de desempleo, que tienen su origen en una finalización de la relación laboral durante el mismo, o en que incluso pueden encontrarse contratos en los que expresamente se incluyen cláusulas renunciando expresamente a ellos<sup>38</sup>.

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

En tercer lugar, finalmente, y como era de esperar, los juzgados y tribunales ordinarios se han tenido que pronunciar sobre el establecimiento de ese período de prueba al haberse producido resoluciones contractuales durante el mismo. Varias son las sentencias que se han pronunciado en las diferentes instancias judiciales, deteniéndome en las de los juzgados de lo social puesto que, por el momento, son las únicas que han aplicado la CSE y la jurisprudencia del CEDS en materia de contrato a emprendedores. De las ocho que se han dictado hasta mediados de 2015, me detendré en tres, en concreto, en la SJS de Barcelona n.º 2 de 19 de noviembre de 2013, por ser la que inició el camino y aplicó el control de convencionalidad con el Tratado citado con gran repercusión mediática, en la SJS de Barcelona n.º 3 de 5 de noviembre de 2014, por continuar con el criterio de la anterior, a pesar de que unos meses previos el TC había declarado, por primera vez, la constitucionalidad de la norma y, por último, en la SJS de Las Palmas de Gran Canaria n.º 9 de 31 de marzo de 2015, que merece especial atención por añadir, a todos los argumentos de las anteriores, las conclusiones del CEDS que condenaron directamente a España, publicadas en enero de 2015, teniendo ya un segundo pronunciamiento del TC que reiteraba la doctrina del anterior.

Por el contrario, los Tribunales Superiores de Justicia así como el TC, como he apuntado, no han proseguido esta tarea pese a haber sido solicitado, por lo que se refiere a los primeros, por una de las partes. Es el caso de las SSTSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 5253/2014) y 10 de marzo de 2015 (Rec. 7353/2014) o la STSJ de Castilla y León de 25 de marzo de 2015 (Rec. 60/2015), que evidencian, no sólo, un desconocimiento del Tratado y de la eficacia de las conclusiones y decisiones de fondo que debería ser corregido, sino también un desprecio de los derechos sociales y sus garantías<sup>39</sup>.

Se han de mencionar por su relevancia los intentos de aplicación directa en esas instancias colegiadas que ha habido a través de la redacción de votos particulares como son Autos sobre cuestión de inconstitucionalidad del TSJ del País Vasco de 21 de enero de 2014<sup>40</sup> y de Cataluña de 26 de mayo de 2014<sup>41</sup> y los emitidos en las dos sentencias del TC.

## 3.2. La sentencia del Juzgado de lo social n.º 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013

La resolución que se va a analizar se caracteriza por ser trascendental al sentenciar, por primera vez, que la duración del período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores vulnera la CSE, tal y como había puesto de manifiesto en estudios publicados anteriormente<sup>42</sup>, habiendo adquirido, en consecuencia, la difusión y reconocimiento que se merece, evidenciando también, ante las críticas y cuestionamientos que se le han realizado, el desconocimiento que hay en España en torno a ella, de la jurisprudencia CEDS y de la articulación de la normativa nacional e internacional.

El pronunciamiento aborda la situación de un trabajador al que se le formalizó un contrato de apoyo a emprendedores el 30 de marzo de 2012, con una jornada semanal de 40 horas y con la categoría profesional del peón, realizando funciones consistentes en trasladar neumáticos de un lugar a otro.

El 22 de marzo de 2013 se le entregó una carta, con efectos de esa fecha, en la que la empresa le comunicaba la finalización de su contrato por no superar el período de prueba, fijado expresamente en una cláusula en un año. El trabajador impugna la decisión empresarial solicitando que la extinción contractual sea declarada improcedente, aspecto en el que me centraré.

Los argumentos que se utilizan para fundamentar la pretensión principal son fundamentalmente dos. El primero de ellos señala que, atendiendo a la normativa general reguladora del período de prueba, su duración vendrá determinada por lo que disponga el convenio colectivo y, en defecto de éste, por la del art. 14 del ET. El convenio colectivo aplicable (Resolución de 17 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de la recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (BOE de 3 de agosto)) determina que la duración del período de prueba para el personal obrero y subalterno será de dos semanas, pudiéndose ampliar hasta los seis meses (art. 10), con lo que la extinción se ha realizado, según el demandante, no estando vigente el mismo.



El argumento no es valorado por la jueza, al estimar que en el supuesto que se plantea se ha de aplicar la Ley 3/2012 y no el art. 14 del ET, en virtud del principio de jerarquía normativa del art. 9.3 de la CE, que es prioritario respecto del principio de norma más favorable (art. 3.3 ET).

La relevancia de esta sentencia se sitúa en el segundo de los motivos que se alegan y que es acogido de forma favorable. Para ello, se hace referencia a la CSE, en concreto, al art. 4.4 y a la interpretación que ha realizado del mismo el CEDS en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012. Ésta tiene su origen en la Reclamación n.º 65/2011 que interpusieron la Federación General de Trabajadores de la Empresa Nacional de Electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de Funcionarios Públicos (ADEDY) contra Grecia tras adoptar la Ley 3899/2010, de 17 de diciembre, en la que el art. 17.5 a) amplía el período de prueba de dos a doce meses para todos los trabajadores sin excepción, sin disposiciones especiales según su especialización y la especificación del trabajo para el que son contratados, durante el que la empresa tiene derecho a rescindir la relación laboral sin aviso previo y sin que el trabajador tenga derecho a percibir indemnización alguna, salvo que se haya pactado en contrario por las partes contratantes.

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

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

2.º La finalidad del plazo de preaviso es la de proporcionar al trabajador la posibilidad de ir buscando otro empleo sin que haya perdido aún el anterior, admitiéndose que se le indemnice en el supuesto de que no se cumpla.

## La sentencia del Juzgado de lo social n.º 2 de Barcelona de 19-11-2013 fue la primera que estimó que el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores vulnera el art. 4.4 de la Carta Social Europea

3.º Únicamente es legítimo el despido inmediato en caso de falta grave del trabajador.

4.º El CEDS no se había pronunciado hasta ahora sobre la duración específica de un período de prueba. Ahora bien, a grandes rasgos la doctrina emitida lo consideraba admisible siempre que su objetivo sea que el empresario pueda verificar la cualificación del trabajador y la adaptación del mismo a las exigencias del puesto que va a ocupar. Por ello, su marco jurídico no puede permitir que la duración sea muy larga de manera que se prive al trabajador de los derechos que tiene atribuidos en materia de preaviso e indemnización.

Trasladados a la concreta regulación aprobada por el Gobierno griego, se infringe la norma supranacional por los siguientes aspectos:

- Por un lado, por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo.
- Y, por otro lado, por la fijación de una duración tan amplia, no caracterizándola de razonable pues proporciona al empresario la capacidad para celebrar, de forma encubierta, un contrato temporal sin tener que fundamentarlo en una causa, permitiendo que se pueda dar finalizado sin observar ninguna formalidad durante el primer año. Claramente se deduce que esa duración no responde a la naturaleza jurídica de la institución del período de prueba, desnaturalizando su régimen jurídico y finalidad<sup>43</sup>.

Atendiendo a la señalado, la jueza entra a valorar la situación afirmando que el litigio principal es «idéntico» al que resolvió el CEDS, lo que conlleva la lógica consecuencia de que resuelva en los mismos términos y determine que el art. 4.3 de la Ley 3/2012 vulnera el art. 4.4 la CSE

«...pues no fija ni plazo de preaviso ni indemnización por finalización del contrato durante el periodo de prueba de un año, no pudiéndose entender como razonable un plazo de prueba de un año en el caso objeto de esta litis, como señala el Comité, pues los requerimientos del puesto de trabajo del actor, (...) no requieren de un año para que el empleador evalúe sus capacidades en atención a sus tareas».

A ello añade, lo que ya había avanzado la doctrina y el propio CEDS, en el sentido de que este tipo de período de prueba es en realidad un contrato temporal de un año que se formaliza sin causa,

«...contraviniendo la legislación nacional en materia de contratación temporal, puesto que a través del contrato de apoyo a emprendedores con un periodo de prueba de un año, durante el cual el empleador puede dar por finalizado el contrato sin previo aviso ni indemnización, se excluye la aplicación del art. 15 ET, en el que siempre se exige una causa para la contratación temporal...».

A mi juicio, este primer argumento que se utiliza para fundamentar el fallo, es correcto y ajustado a derecho, desde el momento en que la sentencia

procede a aplicar el mismo principio de jerarquía normativa que le había servido para no estimar aplicable la duración del período de prueba fijada en el convenio colectivo.

La propia CE recoge el compromiso adoptado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, ratificada por España el 2 de mayo de 1972, como señala la sentencia, en los arts. 10.2 y 96, reconociéndose expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce «...de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Con ello se alude al control de convencionalidad, que ha sido delimitado por la doctrina 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>44</sup>.

Las críticas realizadas a la sentencia que consideran inaplicable al supuesto que se plantea del art. 10.2 de la CE, al estimar que el mismo sólo se extiende a los derechos que tengan la caracterización de fundamentales, se trata de una apreciación que en la actualidad debería estar superada, puesto que como se ha argumentado,

**El control de convencionalidad, reconocido en el art. 96 de la CE, consiste en la posibilidad de que un órgano de la jurisdicción ordinaria no aplique una ley interna, no declarada inconstitucional, por contradecir un tratado internacional (o la interpretación de dicho tratado efectuada por la instancia máxima de control establecida en él)**

«...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)»<sup>45</sup>.

Complementando lo anterior, en mi opinión, entender que sólo los derechos fundamentales y libertades públicas tienen que interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales supone no tener presentes los compromisos internacionales adquiridos por España, que, en ningún caso, se supeditan a que un derecho sea caracterizado de una forma u otra, así como el principio de jerarquía normativa y que, sorprendentemente, resulta muy fácil materializarlo en conflictos entre normas nacionales o entre éstas y convenios colectivos y, sin embargo, no lo es cuando ese mismo conflicto se presenta entre una norma nacional y una internacional, más si no es ésta de la UE, cuestión que ha de ser objeto de cuestionamiento, siendo aconsejable un estudio de la aplicación de estas reglas en el derecho comparado, dónde no resulta tan extraño<sup>46</sup>.

En segundo lugar, la sentencia del Juzgado, ante el argumento que se suele señalar actualmente, en orden a la justificación de las medidas restrictivas de derechos en la situación de crisis económica de estos momentos, haciendo referencia a las Conclusiones XIX-2 (2009) del CEDS relativas a la crisis económica y los derechos sociales, señala que la crisis no puede tener

«...como consecuencia la reducción de la protección de los derechos reconocidos en la carta y, por lo tanto, que los Gobiernos estaban obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar que los derechos de la Carta fuesen especialmente garantizados en el momento en que la necesidad de protección se hace sentir más...».

Esta referencia ha sido cuestionada por corresponder a períodos de tiempo diferentes con base en que está redactado en un momento que no se corresponde al actual, debiendo señalarse que este mismo argumento está presente en las últimas decisiones de fondo del CEDS publicadas en octubre de 2012 (Reclamaciones n.º 65 y 66/2011), llegando incluso más allá, planteándose exactamente la situación de los países que adoptan reformas obligados por los Memorándum de Entendimiento o de Política Económica y Financiera a los que se comprometen como condición indispensable para recibir la ayuda económica, citando las más recientes, en concreto, las cinco Decisiones de Fondo de 7 de diciembre de 2012, que tienen su origen en las Reclamaciones n.º 76 a 80 que son categóricas en ese sentido al determinar que no puede ser un elemento a valorar en las restricciones o vulneraciones de los derechos sociales

«...la situación de crisis económica que tiene el país o que el origen de las medidas está en las obligaciones dictadas por la troika, puesto que (...) debería haber realizado estudios e investigaciones en orden a la posibilidad de adoptar otras medidas así como salvaguardar, en todo momento, una protección suficiente respecto de las personas más vulnerables de la sociedad...».

Con ello queda, a mi modo de ver, muy claro que los derechos sociales de los trabajadores han de ser garantizados en todo momento<sup>47</sup>, no siendo admisibles restricciones a los mismos con fundamento en la crisis económica o la existencia de mandatos de otras instituciones, sean supranacionales o no, siendo criticable que la UE esté actuando obviando el reconocimiento y garantía de los mismos.

No ha sido un pronunciamiento aislado sino que, afortunadamente, su doctrina fue seguida, meses después por la sentencia del Juzgado de Tarragona n.º 1 de 2 de abril de 2014 (n.º 179/14), en la que el supuesto de hecho es muy parecido al anterior en cuanto al momento de la extinción, al producirse faltando escasamente dos días para cumplir el período aludido. El juzgador resolvió con una redacción similar entendiendo que

«...el hecho de haberse fijado un período de prueba de un año por el art. 4.3 RDL 3/2012, sin indemnización por la extinción de la relación laboral, conculca el art. 4.4 de la Carta Social Europea de modo que no procede la aplicación del citado precepto legal interno, una vez que, de acuerdo con el principio de jerarquía normativa garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española, debe prevalecer la norma internacional que resulta de aplicación, quedando sin efecto (...) el art. 4.3 del citado Real decreto Ley».

Por último, la tercera sentencia que continuó la línea interpretativa es la del Juzgado de Mataró n.º 1 de 29 de abril de 2014 (n.º 144/14), en la que la extinción se produce faltando escasamente un día para alcanzar el año del período de prueba. Argumentó la calificación de improcedencia reiterando el contenido de la primera, resolviendo que

«...el período de prueba resulta excesivo y carente de causa, habiéndose utilizado por la empresa demandada en manifiesto abuso de derecho, ya que agotó hasta el último momento el plazo anual del período de prueba, decisión que había tomado ya de antemano [había preavisado al trabajador de la decisión de prescindir de él] (...) amparándose en una normativa legal que en modo alguno faculta para tal actuación fraudulenta y abusiva»<sup>48</sup>.

### 3.3. La sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio de 2014

Con la situación relatada de tres sentencias de primera instancia que inaplican la normativa que modificó la reforma laboral por incumplir la CSE, llega la primera sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre diversos aspectos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que tiene su origen en un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra (n.º 5603-2012).

Centrándome en el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores, el TC lo caracteriza de legítimo, razonable y proporcionado, acorde con los preceptos de la CE (arts. 14, 24, 35 y 37), mereciendo especial atención algunos de los argumentos que se han aportado, pues son referenciados en las sentencias que se analizarán en los apartados siguientes.

A mi modo de ver, se han de destacar dos cuestiones importantes. Por un lado, no se efectúa ninguna referencia a la CSE ni a la Decisión de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 (sin contar el Voto particular) que, en el momento de dictarse ya era sobradamente conocida, omisión interesada ya que, de haberlo hecho, debería haber llevado a la admisión, al menos, de esa parte del recurso.

Y, por otro lado, deja claro que no entra a valorar si un período de prueba de un año desnaturaliza en sí esa institución regulada con carácter general en el art. 14 del ET, pues considera que se trata de un debate ajeno al control constitucional al ser de configuración legal, «...por lo que la determinación de su contenido corresponde al legislador ordinario, con el límite, obviamente, de que la regulación de ésta u otras instituciones laborales no contraven-gan las exigencias constitucionales».

Realizadas estas consideraciones, en resumen, resuelve la sentencia la constitucionalidad del período de prueba con base en lo siguiente:

#### a. El problema que puede plantear el art. 4.3 de la Ley 3/2012

«...no es un problema de causalidad del despido, ni de existencia de una reacción adecuada frente al despido sin causa (...), el desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato».

Su afectación al derecho a la estabilidad en el empleo origina su conexión con el art. 35.1 de la CE. Con esta premisa, recordando que se trata de un derecho que no es absoluto ni incondicional sino que puede ser sometido a limitaciones, ante la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, se admite que una política orientada al pleno empleo efectuada por los poderes públicos (art. 40 CE) legitima esa regulación, y es lo que ha ocurrido con esta figura, pues con su establecimiento se pretende «...facilitar la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable».

- b. Confirma esa consideración en que se trata de una medida de carácter coyuntural (hasta que la tasa de desempleo se sitúe en un 15 %), que el contrato no puede ser utilizado por todas las empresas —no tienen que haber realizado extinciones improcedentes en los seis meses anteriores a su celebración—, que tiene como destinatarias las empresas que han sufrido con mayor intensidad las consecuencias negativas de la crisis económica o que su establecimiento «...pretende ofrecer una respuesta que entiende adecuada a una situación de grave crisis de empleo...».
- c. A ello se añade que ese período es tan largo porque pretende constatar «...no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado (...), si (...) es viable económicamente (...), reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial...».
- d. Asimismo, la medida tiene fijada, a su vez, compensaciones que atemperan el carácter gravoso que le puede suponer al trabajador, al permitirle compatibilizar el cobro de una prestación de desempleo con el salario o que, una vez superado, permitirá al trabajador consolidar todos sus derechos y pasará a ser un trabajador indefinido.
- e. Finalmente, destaco algunas afirmaciones de la sentencia del tipo que «antes del derecho a la estabilidad en el empleo figura el derecho de acceso al mismo», o que el derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza una justificación causal de la terminación de la relación laboral o una indemnización.

Una lectura de la sentencia muestra no sólo el incumplimiento de la CSE y de la jurisprudencia que resolvió expresamente sobre el período de prueba de un año, sino de toda la emitida anteriormente por el CEDS en cuanto a que la crisis económica no puede justificar la restricción de derechos sociales (Introducción general a las Conclusiones XIX-2 de 2009, sobre la aplicación de la Carta Social Europea en el contexto de la crisis económica global<sup>49</sup>), que se ha convertido en un principio general de aplicación e interpretación de la CSE<sup>50</sup>.

A mi juicio, ninguno de los argumentos señalados es admisible desde el punto de vista del ordenamiento laboral pues ignora los derechos sociales básicos y admite la posibilidad de su reducción o supresión por motivos estrictamente económicos. La gran mayoría de ellos permiten concluir que la crisis económica legitima a un país a adoptar cualquier medida con independencia de los derechos laborales que reconoce la normativa nacional, internacional e incluso la CE, dejando de ser lo que su propia denominación indica «derechos» para pasar a ser simples prerrogativas supeditadas al arbitrio del legislador, que dependiendo de la coyuntura económica los otorga o elimina. Esta sentencia es, en suma, un ejemplo que entiende que es fundamental crear empleo, aunque sea sin derechos.

Si hay un aspecto que ha de ser objeto de valoración positiva en el pronunciamiento es el Voto particular que formula el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhieren dos miembros más, muy fundamentado, siendo un modelo a seguir en cuanto a la consideración de los derechos sociales y a la articulación correcta del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico laboral.

En el mismo se manifiesta su disenso con la decisión finalmente adoptada, declarando que determinados preceptos debían haber sido declarados inconstitucionales, entre otros, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 «...por violación del principio de causalidad de las decisiones empresariales de extinguir los contratos de trabajo, en su condición individual del derecho constitucional».

Entre los razonamientos que se emiten, una vez se recuerda la doctrina constitucional más importante que se ha adoptado en relación con el art. 35 de la CE, se procede a examinar y traer a colación los compromisos internacionales que España tiene asumidos, vinculantes para el legislador, una vez se han observado los requerimientos constitucionales de los arts. 93, para la normativa comunitaria, y 96.1, con referencia al resto de tratados, recordando la exigencia del art. 10.2 en orden a la necesaria interpretación de los derechos reconocidos en el texto constitucional «...conforme, se dice expresamente, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias».

Entre los más relevantes, tras la referencia al art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y el derecho «de todo trabajador a una protección en caso de despido justificado», se remite a la CSE, en concreto a sus arts. 24 y 4.4. Me limito al segundo de ellos, puesto que el primero pertenece a la versión revisada, que no está ratificada por España y que podría ser fácilmente cuestionada. En él recuerda que su adopción conlleva la obligación por las partes firmantes de reconocer el derecho «de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo», complementándolo con la interpretación realizada por unanimidad,

al aprobar una legislación con un período de prueba en los mismos términos, por el CEDS en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012, en cuanto a que el concepto de período de prueba «...no debería ser tan amplio y su duración tan prolongada (a fin de evitar) que las garantías relativas a la notificación y el pago de una indemnización por despido se convirtieran en ineficaces», refrendada por el Comité de Ministros.

En opinión de los magistrados un período de prueba de un año no supera el canon de proporcionalidad necesario y debe ser declarado inconstitucional, puesto que no atiende a su finalidad primera y esencial, que es la de permitir al empresario desistir del contrato de trabajo sin necesidad de alegar justa causa ni de abonar resarcimiento económico alguno en el supuesto de que el trabajador no haya superado satisfactoriamente la prueba.

En consecuencia, «...es una institución pensada y diseñada sobre todo para que el empresario pueda realizar una óptima elección del trabajador en el ejercicio de su libertad de contratación»; su ordenación jurídica no permite «...excesos legislativos, no resultando admisibles aquellas regulaciones que no respondan a su función o que no respeten el principio de proporcionalidad entre el derecho que se pretende facilitar, la libertad de empresa (art. 38 CE), y el derecho que se sacrifica, el derecho al trabajo (art. 35.1 CE)».

Teniendo clara esa finalidad, se abordan de forma detenida sus funciones, que reproduzco al ser referenciadas en las sentencias que serán examinadas en los apartados siguientes de este estudio. Para ello, distingue entre las manifiestas o típicas y las latentes, de lo que son las disfunciones.

En cuanto a las primeras, se diferencia entre la principal y la secundaria, que permiten al empresario la verificación de las aptitudes, habilidades y capacitaciones del trabajador a través de la experimentación de la relación de trabajo, y la oportunidad de complementar durante ese período determina-

das actividades formativas así como la que se pone a disposición de ambas partes de ir definiendo el contenido de la relación laboral.

Las segundas son fundamentalmente la eliminación de contratos defectuosos y la agilización de la contratación laboral. Por ello, son utilizaciones desviadas o disfunciones del mismo control político y personal de los trabajadores de nuevo ingreso, el fraude a la prohibición del despido *ad nutum* y la elusión de la causalidad en los contratos de trabajo temporal.

Con todos estos argumentos, el límite temporal es decisivo, y aplicados a la institución que se impugna, se ha de concluir que su duración no es razonable pues «...no logra superar el más benevolente test de constitucionalidad...», señalando, respecto de los fundamentos establecidos en la sentencia que justifican la constitucionalidad del período de prueba de un año, que «...una inteligencia meramente gramatical (...) manifiesta inadecuación», por lo siguiente:

- a. El carácter coyuntural de la medida no constituye en modo alguno un parámetro de constitucionalidad.
- b. La vinculación a la necesidad de cumplir con el mandato de seguir una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) «...carece de la menor consistencia constitucional y legal». La primera se pone de manifiesto resultando paradójico «...animar a la contratación mediante el fácil expediente, que es precisamente lo que persigue la extensión a un año de la duración del período de prueba de facilitar la extinción de los contratos» y, sorprendente, «...que en una economía social de mercado las políticas de creación de empleo deban tener que articularse, de manera mecánica, a través de medidas restrictivas...».

Y la segunda, en la mezcla de realidades que realiza el legislador, pues la creación de empleo estable es una finalidad que puede cumplir el contrato pero no su período de prueba, poniendo en tela de juicio este aspecto los datos estadísticos, que han demostrado que este contrato no ha supuesto más de un 0,8 % del total de la contratación, añadiendo, además, que la regulación actual en modo alguno supone la creación de empleo, de manera que se puede concertar para puestos de trabajo ya existentes, debiendo haber exigido que sólo pudiera perfeccionarse para puestos de nueva creación.

Similar crítica se realiza al argumento de que la medida tiene como objetivo reducir la tasa de paro, puesto que su admisión lleva a reconocer al legislador «...un pasaporte para paralizar, bloquear y, en última instancia, invalidar el ejercicio de la mayor parte de los derechos laborales constitucionales de matriz individual».

**El Voto particular de la STC 119/2014 determinó que un período de prueba de un año no supera el canon de proporcionalidad necesario y debe ser declarado inconstitucional, valorando la aplicación de la Carta Social Europea y la decisión de fondo de 23-5-2012**

En conclusión, el art. 4.3 de la Ley 3/2012 debería haberse declarado inconstitucional ya que «lejos de conciliar los intereses de las partes de la nueva modalidad de contrato de trabajo (...) restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE», privando al trabajador de sus derechos laborales individuales —la garantía de no ver su contrato extinguido sin justa causa— al atribuir al empresario el beneficio, estrictamente económico, de ahorrarse la indemnización que pudiera corresponder al trabajador despedido una vez superado el período de prueba conforme a las reglas del régimen común.

### 3.4. La sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014

Estando emitidos los pronunciamientos de los apartados anteriores, de nuevo se plantea en la primera instancia un supuesto de finalización de un contrato de apoyo a emprendedores, formalizado el 30 de marzo de 2013 y finalizado el 14 de enero de 2014, con la diferencia de que tiene que pronunciarse tras la sentencia del TC analizada.

Lógicamente la parte demandante solicita la calificación de improcedente con fundamento en la CSE y el criterio del Juzgado de lo Social de Barcelona n.º 3 de 19 de noviembre de 2013, mientras que la demandada señala que su actuación se ha realizado aplicando la normativa vigente, que, además, ha sido declarada constitucional, lo que evidencia una situación complicada.

La resolución del conflicto se aborda analizando la licitud del período de prueba, para lo que procede a distinguir tres materias:

- a. La naturaleza jurídica en sí misma del período de prueba y, en concreto, del regulado en el art. 4.3 de la Ley 3/2012.
- b. El efecto que hay que atribuir a la sentencia del TC en cuanto a su aplicación.
- c. La función de los tribunales españoles cuando tienen que aplicar normas comunitarias e internacionales.

Para examinar la primera, se recurre, en principio, a la regulación que recoge el art. 14 del ET, complementada con jurisprudencia del TS. Expresamente dispone la obligación de las partes de «...realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba», existiendo voluntariedad para su concerta-

ción, siempre que se perfeccione por escrito, facultándose, con ello, cada una de las partes a desistir unilateralmente con libertad de la relación laboral, si bien no es absoluta, «...puesto que no ampara la que fuera ejercitada con motivación torpe, por vulneración de derechos fundamentales (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1984, de 16 de octubre), así como a la calificable de fraudulenta en tanto que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba» (STS de 27 de diciembre de 1989 —LA LEY 12784-R/1990—).

En relación a su duración, se advierte que no puede exceder del tiempo fijado en la ley o en el convenio colectivo que se aplique. De pactarse en el contrato, se tendrá que limitar a aquéllos, y en el caso de que este último no fije ninguno, habrá que estar a los términos especificados en el art. 14 del ET.

A continuación, procede a referirse, dentro de este análisis, al voto particular emitido a la sentencia del TC del apartado anterior, al que me remito, añadiendo, a todo lo que se ha relatado anteriormente, las alusiones que el mismo realiza también a la jurisprudencia que ha emitido con anterioridad el Tribunal Supremo.

En primer lugar está la STS de 12 de noviembre de 2007 (Rec. 4341/2007) en la que se plantea la legalidad de la regulación por el X Convenio Colectivo de la empresa Telefónica, que en su art. 14 e) determina que para el personal de ventas, «...dadas las características inherentes al desempeño del puesto y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia que como vendedor debe poseer, se establece para el Promotor de Entrada, un período de prueba de dos años...». La sentencia se pronunció en el sentido de que «...no parece razonable admitir que el empresario necesite de un período de prueba tan largo para advertir la capacitación profesional en una actividad de estas características (...) que en principio no presenta —ni se describen— circunstancias tan particulares como para necesitar un período de prueba tan prolongado», calificándolo de «...abusivo y nulo...», constituyendo el cese de trabajador un despido improcedente.

En segundo lugar, la STS de 20 de julio de 2011 (Rec. 152/2010), que también se pronunció acerca de la legalidad de un período de prueba fijado en un convenio colectivo como el supuesto anterior, pero en este caso de duración inferior. En concreto, el art. 15 del XI Convenio Colectivo de la empresa Yell Publicidad (antes Telefónica Publicidad e Información, SA), incluido en el contrato de trabajo, dispone para el personal Grupo de Ventas que «dadas las características inherentes al desempeño del puesto, la duración de una campaña de ventas y la necesidad de llevar a cabo un período de formación adecuado que permita al trabajador adquirir la experiencia como vendedor debe poseer, se establece (...) un período de prueba de 1 año».

La sentencia, aplicando la doctrina señalada en el pronunciamiento anterior, aun cuando se trate en este supuesto de un período inferior, estima que es aplicable y que «...el sometimiento al período de prueba de un año de duración parece a todas luces excesivo, ya que el objeto de la prueba puede satisfacerse sobradamente en un lapso temporal más reducido...». En consecuencia, se declara «...nula por abusiva la cláusula contractual de un año de duración del período de prueba...» puesto que desvirtúa la razón de ser de la institución del período de prueba.

Con todos estos argumentos, el juzgador insiste en que hay que centrarse en la consecución del objetivo del período de prueba, que puede alcanzarse con una duración inferior al estar directamente relacionado y al servicio de la misma.

Por lo que se refiere al punto relativo del efecto de las sentencias del TC, el juzgador, consciente de que tiene que resolver, a diferencia de los pronunciamientos anteriores, habiéndose publicado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional que declaró la constitucionalidad del período de prueba de la Ley 3/2012, procede a entrar en su examen.

En este apartado me remito al estudio del contenido que he realizado el apartado correspondiente, pues es reproducido literalmente, destacando que el juzgador desde el principio advierte que el TC, cuando entra en el tema del período de prueba, avisa que únicamente valorará,

«Con base en la limitación que él mismo se ha impuesto de realizar un estricto control de constitucionalidad, si el establecimiento de un período de prueba de un año vulnera el derecho al trabajo en las dos vertientes de la estabilidad en el empleo y el acceso al trabajo, (...) [poniéndolo en relación] con la situación de la economía española y la necesidad de que el gobierno impulse medidas destinadas a la creación de empleo».

Procede a repasar todos los argumentos utilizados para declarar la constitucionalidad del período de prueba, añadiendo la no apreciación que se efectuó de la existencia de discriminación, ya que se trata de una nueva modalidad contractual que tiene un objetivo determinado, y el período de prueba responde, aparte de al tradicional objetivo de facilitar el conocimiento mutuo de las partes, a

«...también desde la perspectiva empresarial, (...) verificar si el puesto de trabajo es económicamente sostenible y puede mantenerse en el tiempo (...) que justifica que el legislador haya fijado un periodo de duración de un año para todos los trabajadores, sin distinguir su categoría o cualificación» (FJ 3B).

Por último, la sentencia entra en el parte, a mi juicio, más importante que es la de si se puede analizar por la jurisdicción ordinaria la posible vulneración de derechos que puede producir una norma que ha sido declarada constitucional, es decir, que no afecta a los derechos reconocidos en la Carta Magna.

Para dar respuesta a esta pregunta recurre principalmente al voto particular de la sentencia del Tribunal Constitucional, destacando lo siguiente:

En primer lugar, el legislador ordinario está vinculado por los compromisos internacionales adquiridos siguiendo las directrices fijadas en la CE (normas comunitarias o tratados internacionales, complementándolas con la referencia del art. 10.2 del mismo texto).

Procede a concretar estos aspectos, valiéndose de la normativa comunitaria (art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce el derecho de los trabajadores, reforzado tras la atribución de carácter vinculante a partir de 2007), de la protección otorgada por el art. 4.4 de la CSE, interpretado y concretado en la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 y del art. 4 del Convenio n.º 158 de la OIT sobre terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

Con estas normas supranacionales, ratificadas y publicadas oficialmente cuando ha sido necesario, la sentencia señala que debe observar el mandato constitucional del art. 96.1 de la CE, y, en consecuencia, su «...aplicabilidad (...) es incuestionable», y en el caso de no hacerlo estarían incumpliendo, además del precepto aludido, los principios de legalidad y de jerarquía normativa que el mismo texto recoge en el art. 9.3 en cuanto a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico interno.

Las dudas en cuanto a la aplicabilidad directa de esa normativa internacional las supera el juzgador haciendo referencia, por un lado, a jurisprudencia comunitaria y del propio TC, y, por otro lado, a la Convención de Viena de Derechos de los Tratados.

En cuanto a la primera, la concreta en sentencias del TJUE como la de 9 de marzo de 1979, que claramente constriñe al juez nacional a asegurar el pleno efecto de las disposiciones de derecho comunitario «...dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier procedimiento constitucional», o más recientemente la de 11 de septiembre de 2014, que encomienda al juez nacional la obligación de «...garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional...». Sobre el Alto Tribunal, se remite a la sentencia 145/2012, de 2 de julio (Rec. 273/2011) que es determinante en el reconocimiento de la primacía «...de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno, y su efecto directo para los ciudadanos...».

Por lo que respecta a la segunda, como he aludido brevemente con anterioridad España está vinculada la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, en la que se determina, entre otros aspectos, que «todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe» y que «... una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (parte III.26 y 27).

Una vez verificado que España tiene ratificada la CSE procede a aclarar de forma contundente una cuestión que, a mi modo de ver, es muy importante, y es la relativa a la aplicabilidad de la jurisprudencia derivada del procedimiento de reclamaciones colectivas. Para ello, determina que, si bien no tenemos ratificado el Protocolo de 9 de noviembre de 1995, o la CSE revisada que lo regula que permite declarar específicamente la adhesión al Protocolo (artículo D.2), la consecuencia que se deriva de ello es que nuestro país no puede ser condenado directamente con este mecanismo, pero la interpretación que se realice en el mismo, como consecuencia de su utilización en otros Estados parte, tiene «... un carácter general...», es decir, puede aplicarse en el nuestro cuando se refiera a preceptos del Tratado que tenemos ratificado.

Con todos estos argumentos, la sentencia concluye que «los tratados internacionales están por debajo de la Constitución Española, pero por encima de las leyes internas, de manera que si las disposiciones de una norma legal violan un tratado internacional, se debe aplicar preferentemente éste».

Trasladada esta interpretación al supuesto de hecho planteado, resuelve que la finalización contractual ha de calificarse de improcedente por vulnerar la normativa internacional.

### 3.5. Las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales XX-3 (2014)

Siguiendo la exposición cronológica, en enero de 2015 el CEDS publica las Conclusiones correspondientes al año 2014 derivadas del control que realiza a los Estados, a través del sistema de informes.

Las mismas eran muy esperadas puesto que correspondía analizar el grupo temático de derechos relacionados con el trabajo y el período de referencia entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2012, con lo que era objeto de revisión la normativa reguladora de la reforma laboral y, por consiguiente, el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores<sup>51</sup>.

En el informe 26e, presentado por el Gobierno el 19 de septiembre de 2013, en el que relata todas las medidas adoptadas en ese tiempo, no se realizó ninguna mención al denominado «contrato estrella». Resulta sorprendente que, así como, con frecuencia, publicita en los medios de comunicación nacionales las *bondades* del contrato aludido, sin embargo, a la hora de indicárselas al CEDS en el documento de 87 páginas omitió cualquier referencia, opción que, a mi modo de ver, es lógica e interesada puesto que, probablemente, conocedor de la jurisprudencia emitida recientemente por el CEDS en cuanto a la vulneración de ese período de prueba del art. 4.4 de la CSE, prefirió excluirlo con la finalidad de que no entrara a valorarlo y evitar la correspondiente conclusión de no conformidad, lógica ya que en el caso de Grecia en un supuesto idéntico, así lo hizo.

Ahora bien, esa finalidad, no se consiguió puesto que los sindicatos más representativos a nivel estatal, CCOO y UGT, conforme al art. 23 de la CSE, procedieron a presentar en julio de 2014 alegaciones al Informe<sup>52</sup>, en las que, entre otros aspectos, solicitaron al CEDS que declarara «la existencia de violación del art. 4.4 de la Carta, por la aprobación de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores) con un período de prueba de un año en todo caso, sin garantías ni plazo de preaviso para la extinción del empleo», argumentando esa solicitud en la Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación n.º 65/2011), y en los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales españoles que han aplicado hasta ese momento el control de convencionalidad respecto de la CSE en este aspecto concreto.

Con esta situación, la Conclusión a emitir por el CEDS, por coherencia, no sorprendió y condenó a España, por violar el art. 4.4 de la CSE, siendo necesario que proceda a derogar o modificar la normativa señalada, que hasta el momento no ha hecho. Esta vez dirigida directamente a España, carecen aún más de fundamento los argumentos que señalaban que la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 no era aplicable a nuestro país y que no existía un mandato que nos vinculara a cambiar la normativa.

**España fue condenada directamente por vulnerar el art. 4.4 de la Carta Social Europea en las Conclusiones emitidas en enero de 2015 por el Comité Europeo de Derechos Sociales (XX-3 2014)**



### 3.6. La sentencia del Tribunal Constitucional 8/2015, de 22 de enero

En los días siguientes a haberse publicado las Conclusiones del CEDS, el TC resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 5610-2012, promovido por 104 diputados del Grupo Parlamentario Socialista y 11 del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural (Izquierda Unida (IU), Iniciativa per Catalunya Verds-Esquerra Unida i Alternativa (ICV-EUiA) y Chunta Aragonesista (CHA)) del Congreso de los Diputados, contra diversos preceptos de la Ley 3/2012, incluido el que regula en contrato objeto de análisis en estas páginas.

Como era de esperar, la sentencia resuelve la constitucionalidad de la normativa en términos muy similares a la que había emitido meses anteriores, por ello me remito a lo señalado anteriormente ya que la propia sentencia así lo realiza.

De nuevo, se emite un voto particular en el que se reiteran también todas las objeciones que se hicieron constar, subrayando que amplía su redacción, entre otros aspectos, con referencias expresas a las Conclusiones que acaba de dictar el CEDS, que han interpretado, siguiendo lo señalado por ese organismo, que

«...las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero *no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta*, de modo que los gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que «estos derechos sean efectivamente garantizados...»».

### 3.7. La sentencia del Juzgado de lo social n.º 9 de Las Palmas de Gran Canaria de 31 de marzo de 2015

La última sentencia objeto de estudio es analizada por la relevancia que presenta al ser la primera que se ha pronunciado con posterioridad a los dos pronunciamientos del TC y de las Conclusiones del CEDS.

Brevemente, el supuesto de hecho se centra en una trabajadora a la que se le formalizó un contrato de apoyo a emprendedores el 4 de abril de 2014 que se da por finalizado el 27 de agosto del mismo año por no superación del período de prueba. En el momento de comunicarse estaba embarazada, circunstancia que la empresa conocía por la propia trabajadora.

Centrándome en la segunda cuestión que se plantea en la sentencia, la relativa al control de convencionalidad, avanza que se inspira en la SJS de Barcelona n.º 3 de 5 de noviembre de 2014, declarando que comparte sus razonamientos.

Para entrar en el fondo del asunto, repasa los fundamentos del TC que han determinado la constitucionalidad de la medida, planteando que, si bien la norma no tiene ningún reproche desde el punto de vista constitucional, conviene preguntarse si la jurisdicción ordinaria «...puede analizar (...) cualquier otra infracción que no afecte precisamente a los derechos constitucionales que se denunciaron como vulnerados y que han sido rechazados».

Considerando que la respuesta es afirmativa, examina las normas internacionales relacionadas con la materia y, para ello, trae a colación, en primer lugar, la reciente STJUE de 5 de febrero de 2015, que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n.º 23 de Madrid, mediante resolución de 2 de marzo de 2014. En ella se pregunta al órgano comunitario que determine si el período de prueba del contrato de apoyo a emprendedores vulnera, por un lado, el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, por otro lado, la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, optando por estimar que

«...la situación analizada en el litigio principal no se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión [y] por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente».

En segundo lugar, procede al análisis de la situación respecto de la CSE, recordando la vinculación de nuestro país por el Tratado y por las interpretaciones del CEDS, incluidas las derivadas de una decisión de fondo, puesto que la no ratificación del Protocolo de reclamaciones colectivas conlleva únicamente que España no será condenada directamente, pero se deben observar puesto que tienen «...un carácter general (...) invocable directamente entre los órganos jurisdiccionales nacionales».

Por tanto, la interpretación de la decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 se debe observar aunque fuera interpuesta por sindicatos griegos, uniendo a ello que en el momento de redactar la sentencia ya existe una condena directa a España en las recientes conclusiones emitidas.

Finalmente, a los argumentos señalados, ya utilizados en gran parte por las sentencias analizadas en las páginas precedentes en cuanto al cumplimiento de los arts. 10.2 y 96.1 de la CE, añade la referencia a la recientemente aprobada Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, que, concreta y desarrolla los preceptos constitucionales con referencias en las que la aplicabilidad directa de la normativa internacional

está fuera de toda duda, como el art. 30 relativo a la observancia («Todos los poderes, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte. El Gobierno velará por el adecuado cumplimiento de dichos tratados») y el art. 31, sobre 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 conclusión, en la medida en que la normativa que regula el contrato de apoyo a emprendedores no es acorde con el art. 4.4 de la CSE, resuelve que no procede su aplicación al supuesto planteado y la extinción es declarada nula, al valorar también su carácter discriminatorio.

## 4. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular: vulneración del art. 11.1 de la Carta Social Europea

El CEDS publicó el 29 de enero de 2014 las Conclusiones XX-2 (2013) tras el estudio del Informe n.º 25 presentado por el Gobierno de España el 21 de diciembre de 2012.

El período objeto de análisis fue el comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, y el Grupo temático de preceptos el 2, relativo a la salud, seguridad social y protección social.

Dictó un total de 17 conclusiones, 9 de conformidad, 6 de no conformidad<sup>53</sup> y 2 en las que solicita información complementaria para poder realizar la valoración correctamente<sup>54</sup>, que debe ser aportada en el siguiente informe, advirtiendo que su ausencia determinará que las mismas pasen a ser conclusiones de no conformidad.

Una vez examinadas estas últimas, en realidad el aplazamiento se produce exactamente en la primera de ellas, en la que se requiere que suministre de forma completa, con el objetivo de determinar la conformidad al art. 3.2 de la CSE —relativo al derecho a la seguridad e higiene en el trabajo—, los datos relativos a los accidentes graves y muy graves y de las actividades que realiza la inspección de trabajo, en las que se concrete el número de visitas efectuadas a las empresas y el de trabajadores cubiertos por ellas.

En la segunda, se tiene la información para emitir la Conclusión, no completándose por una cuestión meramente formal que se expondrá a continuación, pues abordó una materia muy importante como es el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria gratuita, siendo muestra de ello la gran repercusión mediática que tuvo el mismo día de la publicación de las Conclusiones la valoración sobre este aspecto concreto que realizó el CEDS.

Para situarse señalaré que otra de las criticadas reformas del Gobierno ha sido la realizada por el RDL 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*<sup>55</sup>.

Se trata de una norma que, como señala su Exposición de Motivos, se aprobó con la finalidad de hacer frente a la situación de grave dificultad económica que actualmente presenta el Sistema Nacional de Salud, aspecto en el que se incide reiteradamente con referencias como el «...insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias...», la necesidad de adoptar por parte de los países de la UE medidas «...que permitan optimizar sus modelos asistenciales (...) en especial en los países a los que ha golpeado con más intensidad la crisis financiera y económica», «...la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que (...) ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan...», la aprobación de reformas «...que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala...», declarando expresamente que tiene «...como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo, lo que hace necesario que éstas se apliquen con la mayor urgencia posible...».

Atendiendo a esta circunstancia, se realizan diversas modificaciones, centrándome en este estudio en la efectuada por el art. 1 y la Disposición adicional tercera de la norma aludida en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de *cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, y, complementariamente, en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en cuanto a los requisitos necesarios para tener la condición de asegurado y, en consecuencia, el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

## **La exclusión de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud a los extranjeros en situación irregular vulnera el art. 11.1 de la Carta Social Europea así como otros Tratados Internacionales**

Consciente el Gobierno de lo controvertido que resulta abordar este aspecto, a los argumentos anteriores, añadió que la modificación se fundamentaba en los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, que revelaban algunas situaciones en las que se presta asistencia sanitaria indebidamente debilitando «...de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud», imponiéndose la necesidad de «...una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país».

Una lectura de las indicaciones incluidas en esos documentos, en concreto el de 29 de marzo de 2012 (Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social), pone de manifiesto la tergiversación que ha realizado del mismo el Gobierno.

El documento relata que el acceso de nacionales de terceros Estados a las prestaciones sanitarias en España, mediante la figura de «persona sin recursos económicos suficientes», condición que conlleva la gratuidad de las prestaciones sanitarias, origina el riesgo de que, en ocasiones, se utilice por quienes «...no reúnen los requisitos exigidos legalmente, bien por tener cubiertas sus prestaciones sanitarias por la Seguridad Social de sus respectivos Estados de origen, o bien por disponer dentro o fuera de España de recursos económicos suficientes», recomendando

«...gestionar de la manera más eficiente las capacidades del sistema, para (...) garantizar el mantenimiento del modelo español de Sistema Nacional de Salud, modelo configurado como el conjunto coordinado de los servicios de salud de la Administración General de Estado y los servicios de salud de las comunidades autónomas, que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios».

Por tanto, recomienda ese organismo al Gobierno que impulse las medidas oportunas «...para que el coste de la asistencia sanitaria prestada a dicho colectivo pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen» y que los organismos gestores de esta prestación realicen «...las actuaciones oportunas para validar periódicamente la vigencia de los requisitos exigidos por la normativa aplicable para que los integrantes de este colectivo puedan acceder a la condición de «persona sin recursos económicos suficientes»».

Con esos argumentos, procedió a cambiar los requisitos de la condición de asegurado. Anteriormente se adquiría encontrándose en algunos de los siguientes supuestos (art. 3)<sup>56</sup>:

- a. Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- b. Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- c. Ser receptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.
- d. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

El RDL 16/2012, modificó la letra d) dándole una nueva redacción en los siguientes términos:

- d. Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título *y residir en España*.

Con ello, la residencia legal en el territorio se convierte en un elemento imprescindible para tener derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud, excluyendo consiguientemente de su ámbito de aplicación a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, pudiendo obtenerla «... mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial...» (art. 3.5).

Excepcionalmente, se admiten situaciones en las que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes tienen derecho a esa prestación, añadiendo un art. 3.<sup>ter</sup>, consistentes en lo siguiente:

- a. Urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.
- b. Asistencia al embarazo, parto y postparto.
- c. Los extranjeros menores de 18 años.

No creo que deje lugar a dudas que las actuaciones a adoptar, por indicación del Tribunal de Cuentas, van referidas a la mejora de la gestión de la prestación. En ningún momento se dice que se excluya de la asistencia sanitaria a ese colectivo, siendo criticables las referencias que, en ocasiones, utiliza el Gobierno en cuanto al turismo sanitario para justificar la reforma realizada, cuando la situación de ese colectivo en nada puede ser equiparable.

La respuesta negativa a esa modificación fue inmediata y generalizada desde el momento en que los extranjeros en situación irregular mayores de 18 años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública<sup>57</sup>, pasando a ser requisito imprescindible poseer una autorización de residencia legal, mientras que, con anterioridad, era suficiente la inscripción en el padrón municipal<sup>58</sup>. Como se ha señalado, deja de ser automática la titularidad del derecho, siendo preciso «...que un ente administrativo —en este caso el INSS— reconozca la condición de asegurado, esto es, que se cumplen los requisitos fijados para permitir el acceso a las prestaciones del sistema»<sup>59</sup>.

Las dudas en cuanto a su constitucionalidad llevaron a que se presentaran varios recursos promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (n.º 4123-2012, 414-2013 y 433-2013), estando, tras ser admitidos a trámite, pendientes de resolución.

Asimismo, algunas Comunidades Autónomas han reaccionado reconociendo ese derecho, en el marco de sus competencias (art. 148.1.21 de la CE), citando a modo de ejemplo, el 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 País Vasco, en el que se declara que el objeto del mismo es el de

«...regular en la Comunidad Autónoma de Euskadi, el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo...» (art. 1)

o la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario, en la que determina que

«...todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa»

especificando que se entiende por residencia

«...el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno» (artículo único, apartados 1 y 2).

El Gobierno impugnó esa normativa autonómica presentando recursos de inconstitucionalidad (n.º 4540-2012 y 7089-2013 respectivamente), con fundamento en el art. 161.2 de la CE, admitidos por el Pleno del Tribunal Constitucional, suspendiendo su vigencia y aplicación. No obstante, los Autos de 12 de diciembre de 2012 (n.º 239/2012) y 8 de abril de 2014 (n.º 114/2014) del Tribunal Constitucional (Pleno) ha levantado la suspensión

de varios preceptos del Decreto del País Vasco y de la Ley Foral de Navarra, entre los que están incluidos los señalados.

Con la compleja realidad descrita, el CEDS al emitir las Conclusiones correspondientes al año 2013, se ha pronunciado sobre la conformidad a la CSE de la normativa estatal que excluye a los inmigrantes irregulares de la asistencia sanitaria.

El primer aspecto que se ha de aclarar es que, atendiendo a lo relatado anteriormente, la normativa que ha sido objeto de examen es la que va desde el año 2008 al 2011, pero se ha valorado también el RDL 16/2012 porque fue el propio Gobierno el que lo incluyó en el Informe, con la finalidad de completarlo y mostrar que es una de las normas adoptadas que pretenden eliminar las causas que dan lugar a una prestación sanitaria deficiente, haciendo efectiva la igualdad de tratamiento entre los ciudadanos comunitarios y los nacionales, con referencia a las prestaciones que se derivan de la acción de protectora de la Seguridad Social.

Esa peculiaridad de carácter temporal ha supuesto que sea valorada, tal y como a continuación se explicará, pero no lleve aparejada la emisión de una Conclusión, aplazándose hasta el siguiente pronunciamiento que verse sobre esos preceptos en el arco temporal que incluya el año en que se aprobó.

Teniendo en cuenta este aspecto, el CEDS, una vez estudiada la norma, es tajante al señalar que la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros que no residan legalmente es contraria al apartado primero del art. 11 de la CSE, pues la suscripción de este precepto compromete al Estado «... a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines, eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente».

Fundamenta esta valoración en jurisprudencia que ya había pronunciado con anterioridad, en la que interpreta «... 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», debido a 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—» (decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación n.º 14/2003), decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación n.º 69/2011)) o, en términos similares, 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» (decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación

n.º 67/2011)).

Todas ellas materializan el criterio recogido en la Observación interpretativa a las Conclusiones del año 2004, en el que estipula que

«...los Estados Partes en la Carta (tanto en su versión de 1961 como en su versión revisada de 1996) han garantizado a extranjeros no cubiertos por la Carta derechos idénticos a los que enuncia la Carta o que son indisolubles 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...».

Por lo tanto, el pronunciamiento del CEDS no debe de sorprender, y así ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>60</sup>, pues no deja lugar a dudas que la aplicación de la normativa europea impide la exclusión de la atención sanitaria a cualquier persona, al ir indisolublemente unida a un derecho humano básico como la dignidad de la persona.

A los argumentos anteriores, confirma el CEDS el pronunciamiento de no conformidad en la inadmisibilidad, señalada en las páginas anteriores, de los argumentos utilizados por los países en cuanto a la crisis económica que están sufriendo como justificación de las medidas que adopten.

Aplicando la normativa y la interpretación vinculante apuntada, concluye el CEDS, en relación con el RDL 16/2012, que «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», vulnerando el art. 11.1 de la CSE la exclusión de la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular.

Con esta valoración, de nuevo, se está ante un incumplimiento por España de la CSE y, a su vez, del CEDH. En el Informe emitido por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa tras la visita realizada a nuestro país del 3 al 7 de junio de 2013 critica la reforma legislativa realizada y en el análisis publicado el 7 de agosto de 2014, *Maintenir l'accès universel aux soins de santé*<sup>61</sup> con referencia a todos los países del Consejo de Europa, denuncia expresamente los efectos de las medidas de austeridad en los servicios de salud en España y en el principio de acceso universal y gratuito, remitiéndose a las Conclusiones del CEDS analizadas en este apartado, y señalando la obligación de todos los Gobiernos de mantener unos niveles mínimos de protección sanitaria y social de los que toda persona pueda beneficiarse en cualquier circunstancia.

Asimismo, la ONU a finales de abril de 2014 le comunicó a España que «tiene obligaciones positivas en materia de acceso a la atención sanitaria, incluidas obligaciones para con los migrantes, independientemente de su

situación jurídica», recordándole la infracción de los derechos humanos de las Conclusiones del CEDS y la necesidad de garantizar el acceso universal a la salud<sup>62</sup>.

Las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales inmediatamente posteriores no evidenciaron ningún signo de seguir las indicaciones del CEDS e introducir los cambios en la legislación nacional que no es conforme con la CSE. Ahora bien, se ha de apuntar que a finales de marzo de 2015 se anunció por el titular del Ministerio de Sanidad que este colectivo volverá a tener asistencia sanitaria. Por el momento es sólo un anuncio que no se ha materializado a nivel legislativo, estando a la espera de que se apruebe y ver las condiciones en que se restituye ese derecho.

En el caso de seguir con esa actitud de incumplimiento, en las próximas Conclusiones sí que se emitirá expresamente la correspondiente conclusión de no conformidad o violación del Tratado.

En todo caso, los tribunales ordinarios pueden y deben resolver las posibles demandas que se les hayan planteado aplicando directamente la normativa internacional, al igual que se está realizando con el período de prueba.

## 5. La obligación de observar la normativa y jurisprudencia internacional: control de convencionalidad

Atendiendo a lo señalado en los apartados anteriores, el Gobierno es consciente de que está incumpliendo normativa internacional, debiendo realizar actuaciones dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa.

La ratificación de la CSE y sus Protocolos complementarios, conlleva la necesidad de observar los compromisos que se han adquirido, como estándar común mínimo entre los Estados, que no afecta «...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 concediere un trato más favorable a las personas protegidas» (art. 32), pero que sí lo hace de las que estén vigentes o se aprueben y que otorguen una protección inferior.

En esta obligación se incluye la jurisprudencia del CEDS, calificación que recibe «...tanto de la emanada del sistema de informes como de la aparecida como resultado de la sustanciación de las reclamaciones colectivas»<sup>63</sup>. A estas alturas, el debate en cuanto a esta caracterización debería estar superado, y limitar ese concepto exclusivamente a la que emana de órganos y resoluciones que tienen la denominación de «tribunal» y de «sentencias» supone desconocer la realidad de lo que es ese término, ya que, como acertadamente ha señalado la doctrina<sup>64</sup>, el término *juris dictio* se concibe como «decir el Derecho», es decir «...la interpretación última o final realizada por los órganos que están habilitados para ejercer esa función...», siendo la denominación como Tribunal un aspecto relevante a efectos de «...ponderar la ejecución (...) pero carente de relevancia si se pone el punto de mira propiamente en la jurisprudencia elaborada...» por instancias que no la tienen.

En este sentido puede verse, a modo de ejemplo, pronunciamientos nacionales que así lo establecen como las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de marzo de 2011, Rec. 2256/2008 y de 12 de noviembre de 2012, Rec. 494/2009, en el que la primera de ellas señala expresamente en el Fundamento Jurídico Cuarto que

«...resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [que] (...) en la importante decisión de fondo de 30 de marzo de 2009, de resolución de la Reclamación n.º 45/2007 (Interights contra Croacia) declaró por unanimidad que había habido violación del artículo 11 de la Carta Social (derecho a la educación en materia de salud sexual y reproductiva), tanto de manera autónoma como en combinación con la cláusula de no discriminación, especialmente por cuanto algunos elementos incluidos en los libros de texto escolares recogían manifestaciones homófobas...»

y la segunda en el Fundamento Jurídico Tercero que

«...la Sala considera que no se ha vulnerado el derecho de libertad sindical de la organización recurrente, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva, en el sentido exigido por la jurisprudencia constitucional (...) o por la jurisprudencia europea (entre otras, decisión de 12 de septiembre de 2012 del Comité Europeo de Derechos Sociales, de resolución de la Reclamación n.º 73/2011, Sindicato de Defensa de Funcionarios contra Francia)».

Sobre este aspecto añadiré que en mayo de 2013 entró en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado el 10 de diciembre de 2008. En él se establece que la competencia para conocer reclamaciones individuales que soliciten el reconocimiento de derechos que se consideren vulnerados se atribuye al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo encargado de velar la aplicación del Tratado. Aceptada su competencia con la ratificación del Protocolo, habrá que estar a su dictamen, no existiendo ninguna duda en cuanto a su vinculación, pese a su denominación, ya que el objetivo fundamental de la aprobación de este Protocolo es el de mejorar la efectiva aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Como se ha apuntado anteriormente, la propia Constitución Española recoge el compromiso adoptado en la Convención de Viena, al ser los arts. 10.2 y 96 claros en este sentido, reconociéndose expresamente que forman parte del ordenamiento interno, una vez publicados oficialmente, los Tratados internacionales válidamente celebrados, así como la necesidad de interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Carta Magna reconoce «...de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Por el momento, de las manifestaciones realizadas por los responsables gubernamentales tras la publicación de las sentencias de primera instancia y la condena directa derivada de las Conclusiones XX-2 (2013) y de las Conclusiones XX-3 (2014) no se perciben signos reales que evidencien el ánimo de cumplir los mandatos del CEDS e introducir los cambios en la legislación nacional no conforme con la CSE y el Protocolo de 1988. Ante esta situación, las posibilidades de actuación deben ir encaminadas, como ha señalado Jimena Quesada, a que las medidas sean desatendidas por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, inaplicadas por los órganos jurisdiccionales nacionales, ejerciendo el control de convencionalidad<sup>65</sup>, y anuladas por el Tribunal Constitucional, mostrando con ello los poderes públicos nacionales «no un acto de rebeldía sino sencillamente un acto de responsabilidad y de coherencia con los compromisos internacionales sobre derechos humanos suscritos por España»<sup>66</sup>.

**La ratificación de la Carta Social Europea y sus Protocolos complementarios, conlleva la necesidad de observar los compromisos que se han adquirido, como estándar común mínimo entre los Estados**

## 6. A modo de conclusión

Concluyo este estudio realizando una reflexión que pretende dejar patente la necesidad de valorar el derecho internacional como un instrumento fundamental que garantiza derechos básicos y condiciones de trabajo adecuadas, que no se pueden obviar en un Estado social y democrático de Derecho, debiendo ser tutelados en cualquier momento y mantenerse ajenos a las cíclicas situaciones de crisis económica.

Han de permanecer en el tiempo unos niveles de protección mínimos, que pueden ser diferentes entre las distintas organizaciones nacionales y supranacionales, pero, en todo caso, complementarios, es decir, los conflictos entre normas internas e internacionales, o, entre estas últimas y el derecho comunitario, deben ser analizados no como una amenaza sino como un enriquecimiento mutuo o sinergia, compatible con su vigencia simultánea, solventándolos aplicando la interpretación que sea más favorable.

Esa es también la solución más adecuada si se tiene en cuenta que España fue el primer país europeo que ratificó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 10 de diciembre de 2008<sup>67</sup>, que entró en vigor el 5 de mayo de 2013, transcurridos tres meses desde que se produjo la décima ratificación (art. 18.2). Aprobado con el objetivo de mejorar el sistema de aplicación y control del cumplimiento

por los Estados parte del PIDESC, ha atribuido la competencia al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para conocer comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que «aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto».

En estos momentos, de las tres comunicaciones presentadas, dos son contra España y una de ellas ya está admitida<sup>68</sup>. El mismo problema que se ha explicado en las páginas anteriores entre la normativa española interna y la Carta Social Europea se va plantear en el momento en el que este Comité emita el dictamen y, en su caso, la correspondiente recomendación, que según lo dispuesto en el art. 9.2 del protocolo, el Estado Parte debe dar «... la debida consideración (...) y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité». La pasividad o inobservancia por el país y la aplicación directa por un órgano judicial de la comunicación hará que se presenten de nuevo los diferentes criterios en cuanto a su carácter vinculante, que, como he apuntado, se solventan alejándose de posibles tensiones o conflictos entre la norma nacional y la internacional, y reconociendo la existencia de niveles de protección diferentes, compatibles y con distinto grado de protección.

**El derecho internacional es un instrumento fundamental que garantiza derechos básicos y condiciones de trabajo adecuadas, que no se pueden obviar en un Estado social y democrático de Derecho, debiendo ser tutelados en cualquier momento y mantenerse ajenos a las cíclicas situaciones de crisis económica**



# 7. Notas

- 1 Pueden consultarse en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC65Merits\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC65Merits_fr.pdf) y [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX3\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX3_fr.pdf). La jurisprudencia del CEDS se publica, en inglés o francés, en la web del Consejo de Europa ([http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default\\_FR.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_FR.asp)).
- 2 En [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2_fr.pdf).
- 3 BELORGEY, J. M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, 2007, n.º 70, p. 349.
- 4 JIMENA QUESADA, L.: «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España», en JIMENA QUESADA, L. (coord.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 137.
- 5 BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D.: «La Carta Social Europea», en GÓMEZ ISA, F. (dir.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Coimbra, 2004, p. 442.
- 6 Véase un análisis amplio en ALFONSO MELLADO, C. L.; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*. Albacete: Bomarzo, 2014, pp. 97 y ss.
- 7 PRIETO SUÁREZ, R.: «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales (el sistema de informes y las reclamaciones colectivas)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2008, n.º 11, p. 356.
- 8 JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 19. Como ha apuntado la doctrina, la propuesta de formalizar la CSE no repararía hasta 1953, «... año de la entrada en vigor del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. [en el que resurgió] (...) la idea de concluir, en el seno del Consejo de Europa, un tratado internacional que garantizase específicamente los derechos fundamentales del individuo en el plano económico y social», BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D.: «La Carta Social Europea...», *op. cit.*, p. 445.
- 9 Véase, en este sentido, entre otros RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación», *Revista de Política Social*, 1978, n.º 118, pp. 6 y 7, y JIMENA QUESADA, L. y TOMÁS MALLÉN, B.: «Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, 2007, n.º 68, p. 343. Como una «... prolongación del Convenio Europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales...» lo caracteriza Berlogey, debiendo tener presente que existe, en principio, una diferencia fundamental en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, puesto que el CEDH se aplica a toda persona dependiente de la jurisdicción del Estado que lo ha suscrito (art. 1), mientras que la CSE lo hace respecto de los nacionales y «... los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada...» (Anexo), no siendo relevante desde el momento que en la práctica será difícil encontrar una situación en la que una persona en situación irregular se encuentre desprotegida dada la conexión entre los dos instrumentos jurídicos. En «La Carta Social Europea del Consejo de Europa...», *op. cit.*, p. 352.
- 10 Apunta Akandji-Kombe que la estrecha relación del CEDH y de la CSE es patente si se estudian los trabajos preparatorios de la última, puesto que el dictamen emitido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de septiembre de 1953 resaltaba, en relación con la CSE, que «... debería constituir en el ámbito social un homólogo del CEDH...», y el Comité de Ministros, en el mensaje especial que publicó en mayo de 1954, la caracterizó como «... el pariente del CEDH en el ámbito social». En «Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década», *Revista de Derecho Político*, 2006, n.º 67, pp. 387 y 388. Ese parentesco ha llevado a que se calificara, en un principio, a la CSE como la «hermana pobre» del CEDH, percepción que se ha de estimar superada habiendo contribuido a ello «... la fuerza progresivamente ganada por el principio de indivisibilidad de los derechos humanos». JIMENA QUESADA, L.: «Retos pendientes del Estado Social Español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2006, n.º 2, p. 42.
- 11 Así se constata en las Explicaciones anejas a la Carta Europea de Derechos Fundamentales elaboradas bajo la responsabilidad del Præsidium (diciembre de 2000). Luxemburgo, 2001. Servicio de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. En ellas «... queda claro que tanto la Carta Social de 1961 como, sobre todo, la Carta Social revisada de 1996, han impregnado la redacción de buena parte de las disposiciones de la Carta de la UE». JIMENA QUESADA, L.: «La Carta Social Europea y la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n.º 13, p. 402.
- 12 Para un estudio completo de la Carta Social Europea, entre otros, JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «El sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social (II)», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. (coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid: Dillex, 2003. JIMENA QUESADA, L.: «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social...», *op. cit.* y BELORGEY, J. M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa...», *op. cit.*, pp. 349-377.
- 13 El requisito temporal consiste en que no se puede realizar una denuncia «... hasta que haya transcurrido un período de cinco años desde la fecha en que la Carta entró en vigor para dicha Parte ni antes de que haya concluido cualquier otro período ulterior de 2 años, y, en uno y otro caso, lo notificará con una antelación de seis meses al Secretario General, quien informará al respecto a las restantes Partes...», y el segundo que realizada la denuncia, el número de artículos o párrafos a los que debe seguir obligada la Parte no debe ser «... inferior a dieciséis, en el primer caso, y a sesenta y tres, en el segundo, y que esos artículos o párrafos sigan incluyendo los artículos elegidos por dicha Parte entre los que son objeto de una referencia especial en el artículo A, párrafo 1, apartado b».
- 14 JIMENA QUESADA, L.: «La Carta Social Europea como instrumento de democracia social...», *op. cit.*, p. 151.
- 15 BELORGEY, M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa...», *op. cit.*, p. 351.
- 16 Sobre este Protocolo y los cambios que realiza véase CASTILLO DAUDÍ, M.: «La Carta Social Europea treinta años después: El Protocolo de 21 de octubre de 1991», *Tribuna Social*, 1993, n.º 27, pp. 22 y ss.
- 17 Señala JIMENA QUESADA que «... no existe una solución a escala europea (lo mismo que sucede cuando se producen contenciosos paralelos entre el Tribunal de Luxemburgo y el Tribunal de Estrasburgo), de modo que el operador jurídico interno se habría visto ante un dilema de difícil resolución», añadiendo que, en todo caso, «... si la solución más favorable a los derechos sociales fuera la de la UE, no habría problema alguno desde la perspectiva de la Carta Social Europea, pues ésta contiene una cláusula de estándar mínimo susceptible de ser mejorado por otra normativa supranacional o nacional (...) [mientras que] si la solución *al alza* procediera del Consejo de Europa, tal vez se generaría mayor complejidad, derivada en gran medida de la fuerte impronta de los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario europeo (...) siendo la solución ideal (...) la ratificación de la Carta Social Europea por parte de la Unión Europea...». En *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...*, *op. cit.*, p. 24 y «La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas», *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27-3, pp. 755 y 756 <<http://revista-eea.net/volumen.php?id=70&vol=27&ref=3>>. Véase también MILLONE, C.: «¿Es razonable que España no haya ratificado todavía la Carta Social Europea revisada en 1996?», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, 2012, n.º 2, p. 124.
- 18 JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...*, *op. cit.*, pp. 13 y 14.
- 19 En este sentido, a modo de ejemplo, JIMENA QUESADA, L.: «Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta Social Europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2006, n.º 2, pp. 41 y 70 <[http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02\\_TRI\\_03\\_jimena.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_TRI_03_jimena.pdf)>. BRILLAT, R.: «La Charte Sociale et son acceptation progressive par les États», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n.º 13, p. 231.
- 20 En el Protocolo de 1991 se prevé que sean elegidos por la Asamblea Parlamentaria pero no ha entrado en vigor este sistema.
- 21 Esta periodicidad anual, así como la estructuración de los artículos en cuatro grupos, entró en vigor a partir del año 2007, adoptada por el Comité Gubernamental en la 963.ª Reunión de 3 de mayo de 2006 (CM (2006) 53), siendo bianual con anterioridad. Se concreta que el plazo que se tiene para presentar el Informe es máximo el 31 de octubre.
- 22 BRILLAT, R.: «La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales», en JIMENA QUESADA, L. (coord.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 21.
- 23 PRIETO SUÁREZ, R.: «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales...», *op. cit.*, p. 361.
- 24 Reclamación n.º 16/2003 (Confederación francesa de directivos-Confederación general de ejecutivos contra Francia, decisión de fondo de 12 de octubre de 2004). Se añade que «... el Comité de Ministros, cuando decida hacer uso de esta facultad, puede ciertamente tener en cuenta consideraciones de orden económico y social en la motivación de la eventual recomendación, pero no puede poner en tela de juicio la apreciación jurídica».
- 25 JIMENA QUESADA, L.: «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2013», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, n.º 22, pp. 362 y ss.
- 26 Véase de forma más amplia las consideraciones sobre este sistema de control que realizan VANDAMME, F.: «La revisión de la Carta Social Europea», *Revista Internacional del Trabajo*, 1994, n.º 5-6, pp. 728 y 729, y BONET PÉREZ, J. y BONDÍA GARCÍA, D.: «La Carta Social Europea...», *op. cit.*, pp. 465 y 466.
- 27 BRILLAT, R.: «La Procédure de Réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne et la lutte contre la pauvreté», en AA.VV.: *Pauvreté, Dignité, Droits de l'homme. Les 10 ans de l'accord de coopération*. Service de lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale, 2008, pp. 75-76 <<http://www.luttepauvrete.be/rapport10ansaccord.htm>> [consulta realizada el 17/11/2014]. Para un estudio completo véase AKANDJI-KOMBÉ, J. F.: «L'application de la Charte Sociale Européenne: la mise en oeuvre de la procédure de réclamations collectives», *Droit Social*, 2000, n.º 9, pp. 888-896, y PRIETO SUÁREZ, R.: «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales...», *op. cit.*, pp. 355-365.
- 28 Véase MARTINEZ OTERO, J.: «Controversias jurisdiccionales en materia social en Europa. Potenciales divergencias entre el Comité Europeo de Derechos Sociales y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n.º 14, p. 287.
- 29 En concreto la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la BusinessEurope (exUNICE) y la Organización Internacional de Empresarios (OIE).
- 30 El listado se puede encontrar en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/INGOListJanuary2013\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/OrganisationsEntitled/INGOListJanuary2013_en.pdf) [consulta realizada el 4/5/2013].
- 31 Finlandia reconoció el 21 de agosto de 1998 a las ONG representativas de su país el derecho a interponer reclamaciones colectivas.
- 32 BRILLAT, R.: «La Procédure de Réclamations collectives de la Charte Sociale Européenne...», *op. cit.*, p. 76.
- 33 Puede consultarse en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC-90DecisionImmediateMeasures\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC-90DecisionImmediateMeasures_fr.pdf). El CEDS emitió el 9 de julio de 2014 la decisión de fondo por la que condenó a este país por violación de los arts. 13.4 y 31.2 de la CSE revisada (hecha pública

el 10 de noviembre <[http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC90Merits\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/CC90Merits_fr.pdf)>, referendada por el Comité de Ministros (CM/ResChS(2015)5) el 15 de abril de 2015 <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2310917&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>.

34 Se ha establecido que no se trata de una «... justicia delegada, sino [de] (...) una justicia retenida...», puesto que es el Comité de Ministros el que le da el carácter ejecutivo a las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales o que se trata de «... la fase de «seguimiento político» de las decisiones del CEDS...». Vid. BELORGEY, M.: «La Carta Social Europea del Consejo de Europa...», *op. cit.*, pp. 353 y 354, y PRIETO SUÁREZ, R.: «La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales...», *op. cit.*, p. 361. Véase *supra* punto II.2.1.

35 321.ª Reunión, Documento GB.321/INS/9-4 <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_247068.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_247068.pdf)> [consulta realizada en 22/5/2015].

36 Sobre el régimen jurídico de este contrato y su vulneración de la normativa internacional véase SALCEDO BELTRÁN, M. C.: «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional», *Revista Derecho Social*, 2013, n.º 62, pp. 93-122.

37 [http://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html](http://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.html) [consulta realizada en 18/5/2015].

38 Así se constata en los Informes de UGT que realiza analizando las consecuencias de la reforma laboral («Más de un año de reforma laboral» y «Dos años de reforma laboral»), en los que destaca que la mayoría de estos nuevos contratos firmados se ha empleado sin utilizar los incentivos fiscales, evidenciándolo los datos en los que se han incrementado las altas de prestaciones contributivas de desempleo que tienen su origen en la finalización del contrato en período de prueba. Extraído de <http://navarra.ugt.org/archivos/201308/mas-de-un-ano-de-reforma-laboral-notas-al-informe-de-impacto-del-meys.pdf> y [http://www.ugt.es/Publicaciones/2014-02-07\\_Dos\\_años\\_de\\_reforma\\_laboral\\_UGT.pdf](http://www.ugt.es/Publicaciones/2014-02-07_Dos_años_de_reforma_laboral_UGT.pdf) [consulta realizada en 18/5/2015]. Como ejemplo de contrato que contiene esa referencia expresa véase la SJS n.º 3 de Barcelona, de 19 de noviembre de 2014 analizada en el punto 3.3.4 de este estudio.

39 A modo de ejemplo señalo de la última sentencia citada su referencia en cuanto a los derechos reconocidos en la CSE que «... deben considerarse principios o aspiraciones de política pública que los estados parte tratarán de alcanzar en un futuro no demasiado lejano».

40 Manifiesta su conformidad «con todos y cada uno de los razonamientos que expresa», declarando que su desacuerdo es sobre su sustanciación, puesto que interpreta que «a la luz de la normativa comunitaria era de aplicación directa la misma, y por tanto se podía prescindir de este procedimiento teniendo por no puesta la posibilidad de que el contrato de trabajo se extinga por no superación del período de prueba en el primer año».

Como fundamento en su emisión aporta normativa y jurisprudencia comunitaria (Directiva 1999/70 relativa a los trabajos de duración determinada y la STJUE de 8 de septiembre de 2011, C-177/10), normativa de la OIT (en concreto el Convenio n.º 158 relativo a la terminación de la relación de trabajo, que no permite su finalización a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad, conducta o basada en funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio (art. 4) y que se deben garantizar las medidas frente a los contratos de trabajo de duración determinada cuyo objetivo sea eludir la protección del Convenio) y la CSE «que establece que todos los trabajadores tienen derecho a la protección en caso de despido», añadiendo, a continuación, el derecho que reconoce la Directiva 1999/70, relativa a los trabajos de duración determinada, a un trabajo estable existiendo una clara restricción en orden al trato desigual de los trabajadores temporales con los fijos.

41 Suscrito por un total de 7 magistrados, interpreta que el caso debería haberse resuelto aplicando directamente el art. 4.4 de la CSE y el art. 4 del Convenio de la OIT y confirma la interpretación de la sentencia del Juzgado n.º 2 de Barcelona que se emitió el 19 de noviembre de 2013. Especifica literalmente que ese período de prueba «... debería declararse nulo por contrario al derecho (...) e imponerse el canon de razonabilidad que establecen los textos internacionales, todo ello por (...) disposición del art. 96.1 de la Constitución y del artículo 1.5 del Código Civil, el Convenio 158 OIT y la Carta Social Europea, forman parte del ordenamiento interno español y deben aplicarse directamente en España. Es cierto que estas normas obligan a los Estados firmantes, deben ser instrumentadas por la legislación de cada uno de ellos y ofrecen un amplio margen a ésta, por lo que una vez integrados en la legislación, el texto de los convenios pasa a ser una mera orientación sin aplicación directa (STS 2.11.2004 Rec. 5502/2003), pero en los casos en que el Convenio internacional establece un precepto claro y evidentemente opuesto a la norma interna, el conflicto debe resolverse a favor de la norma internacional (que también es norma interna y tiene rango superior), así se ha reconocido implícitamente por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia...», siendo firmes en cuanto a que «la contradicción entre el período de prueba de un año (...) y el canon de razonabilidad que establecen tanto el Convenio 158 OIT como la Carta Social Europea, se desprende directamente de la hermenéutica de las propias disposiciones nacionales...».

A continuación, cita expresamente el contenido de la decisión de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012, afirmando, con carácter general en cuanto a su naturaleza jurídica y eficacia, que «... constituyen la interpretación auténtica de la Carta y por ello no podemos prescindir de la decisión del Comité cuando abordamos el análisis de qué cosa pueda significar un período de prueba de duración «razonable» en los términos de las normas internacionales citadas», derivándose, por ello, que están obligados a declarar «... que el período de prueba de un año no es un tiempo de prueba razonable lo que implica que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 en tanto que establece un período de prueba de un año «en todo caso» (...) es contrario a la Carta Social Europea y al Convenio 158 de la OIT».

42 Véase, entre otras, SALCEDO BELTRÁN, M. C.: *Carta Social Europea: Instrumento para la defensa en el ámbito nacional de los derechos sociales*. Fundación Primero de Mayo, Informe n.º 60, mayo de 2013, pp. 1-25 <<http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe60.pdf>>. SALCEDO BELTRÁN, M. C.: «El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional...», *op. cit.*, pp. 93-122.

43 Con posterioridad, el 25 de octubre de 2012 la delegación griega comunicó que aceptaba la valoración del CEDS pero que justificaba la reforma legislativa en la crisis que sufre el país y en su

carácter provisional. Por ello, manifestó su determinación de retirarla pero no de forma inmediata, avanzando que no cree que lo haga antes del 2015. El Comité de Ministros emitió en la 1161ª reunión el 5 de febrero de 2013 la Resolución CM/ResChS(2013)3 por la que toma nota de las informaciones anteriores, destacando su limitación temporal así como que serán retiradas, requiriendo al Gobierno que le informe regularmente de cualquier progreso que realice en este sentido.

44 JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra: Aranzadi, 2013, pp. 24-25.

45 JIMENA QUESADA, L.: «La armonización procesal europea en materia de derechos fundamentales tras el Tratado de Lisboa: el caso de los derechos sociales», en DE LA OLIVA SANTOS A. y CALDERÓN CUADRADO, M. P. (dirs.): *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*. Aranzadi, 2012, pp. 37-38.

46 A modo de ejemplo la sentencia de la *Cour de Cassation* de Francia de 1 de julio de 2008 (*arrêt n.º 1201*) que aplicó directamente el Convenio n.º 158 de la OIT contra una resolución contractual realizada al amparo la Ordenanza 2005-893, de 2 de agosto por la que se había creado una nueva modalidad de contrato, denominado de nueva contratación o de nuevo empleo (*contrat de travail nouvelles embauches*) con un período de consolidación de dos años durante el que se puede dar por finalizado el contrato sin alegar causa. Véase LAULOM, S.: «L'avenir du contrat «nouvelles embauches» après la disparation du contrat «première embauche»», *Le Droit Ouvrier*, 2006, n.º 699, p. 467.

47 Como acertadamente señala DELIYANNI-DIMITRAKOU los derechos sociales no son un lujo de manera que puedan ser suprimidos en tiempos de crisis y otorgados en tiempos de bonanza económica. En «La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques: à propos décisions n.º 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux», *Revue de Droit du Travail*, 2013, n.º 7-8, p. 461.

48 Esta es la única sentencia que, hasta el momento, ha sido revocada por la STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 5253/2014), que dedica el FJ 5.º a la CSE fijando que «... el término de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, lo que determina que no sea ajustado a derecho el (...) motivo de oposición de la parte actora».

49 En [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/YearXIX-2\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/YearXIX-2_fr.pdf), p. 13, sobre la crisis económica y su afectación a los derechos sociales.

50 NIVARD, C.: «Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures anti-crise grecques», *Lettre Actualité-Droits-Libertes du CREDOF*, 15/11/2012, p. 1. Como afirma la autora, los derechos sociales no pueden ser unos derechos que se otorguen en tiempos de prosperidad y se supriman en períodos de regresión económica.

51 Un estudio completo de las mismas en JIMENA QUESADA, L.: «Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2014», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2014, n.º 24, (en prensa), pp. 1-26.

52 [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Reporting/StateReports/CommentsSpainTradeUnionConfederationsSpain26\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Reporting/StateReports/CommentsSpainTradeUnionConfederationsSpain26_fr.pdf) [consulta realizada en 24/5/2015].

53 Específicamente son cinco respecto a la Carta Social Europea, art. 12, apartados primero y cuarto (derecho a la seguridad social), art. 13 apartado primero (derecho a la asistencia social y médica), art. 14 apartado primero y segundo (derecho a los beneficios de los servicios sociales), y una al Protocolo Adicional, art. 4 (derecho a la protección social de las personas ancianas). Un estudio amplio de cada uno de esos incumplimientos en SALCEDO BELTRÁN, M. C.: «Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: Conclusiones XX-2 (2013)», *Revista de Derecho Social*, 2014, n.º 66, pp. 217-243.

54 También denominadas conclusiones postpuestas «por la opacidad o falta de transparencia del informe enviado...», no siendo extrañas estas apreciaciones en las Conclusiones emitidas por el CEDS en años anteriores, como muestran MARTÍNEZ GIRÓN y ARJUE VARELA en «La condena del Consejo de Europa a España, hecha pública en enero de 2010, por sus incumplimientos de la Carta Social Europea en materia de Seguridad y Salud», *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2011, n.º 15, p. 285. Para un estudio completo de todas las conclusiones, véase también las crónicas de jurisprudencia de JIMENA QUESADA, publicadas en la *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n.º 14 (pp. 329-346); 2010, n.º 16 (pp. 385-407); 2011, n.º 18 (pp. 329-352) y 2012, n.º 20 (pp. 361-384).

55 Convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 17/5/2012.

56 Desarrollado por el art. 2 del RD 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.

57 Para un estudio amplio de las críticas véase APRELL LASAGABASTER, C.: «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones», *Revista General de Derecho Administrativo*, 2013, n.º 32, pp. 5 y ss.

58 Ésta no constituye prueba de su residencia legal en España ni atribuye ningún derecho que no confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España (art. 18.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local). SOBRINO GUIJARRO, I.: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España», *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*, 2013, n.º 2, p. 133.

59 PALOMAR OLMEDA, A. y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: «El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta», *Actualidad del Derecho sanitario*, 2013, n.º 200, p. 35.

60 SOBRINO GUIJARRO, I.: «Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud...», *op. cit.*, pp. 143-145 y LEMA TOMÉ, M.: «La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular», *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, n.º 5, pp. 103-104.

61 Pueden consultarse en <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2> y <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2222107&Site=DC&BackColorInternet=F5CA75&BackC>

olorIntranet=F5CA75&BackColorLogged=A9BACE. Véase también la Resolución de la Asamblea Parlamentaria 1946 (2013), 24e séance, 26 de junio de 2013 <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=19991&lang=fr>> [consulta realizada en 19/8/2014].

62 <http://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=14545&LangID=S> [consulta realizada en 24/5/2015].

63 JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...*, *op. cit.*, pp. 31-32.

64 JIMENA QUESADA, L.: «La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional», en REVENGA SÁNCHEZ, M. (coord.): *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 502-506. Véase también AKANDJI-KOMBÉ, J. F.: «De l'invocabilité des sources européennes et internationales devant le juge interne», *Droit Social*, 2012, n.º 11-12, pp. 1-20.

65 Ha sido delimitado por la doctrina 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. En JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad...*, *op. cit.*, pp. 24-25.

66 JIMENA QUESADA, L.: «Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...», *op. cit.*, p. 14.

67 Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 (BOE de 25-2-2013).

68 <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx> [consultado el 24/6/2015].

## NÚMEROS PUBLICADOS

- ...
- 24: Nuevas Tecnologías y Crecimiento Económico en Andalucía, 1995-2004
- 25: Liderazgo político en Andalucía. Percepción ciudadana y social de los líderes autonómicos
- 26: Conciliación: un reto para los hogares andaluces
- 27: Elecciones 2008 en Andalucía: concentración y continuidad
- 28: La medición del efecto de las externalidades del capital humano en España y Andalucía. 1980-2000
- 29: Protección legislativa del litoral andaluz frente a las especies invasoras: el caso Doñana
- 30: El valor monetario de la salud: estimaciones empíricas
- 31: La educación postobligatoria en España y Andalucía
- 32: La pobreza dual en Andalucía y España
- 33: Jubilación y búsqueda de empleo a edades avanzadas
- 34: El carácter social de la política de vivienda en Andalucía. Aspectos jurídicos
- 35: El camino del éxito: jóvenes en ocupaciones de prestigio
- 36: Mutantes de la narrativa andaluza
- 37: Gobernanza multinivel en Europa. Una aproximación desde el caso andaluz
- 38: Partidos políticos, niveles de gobierno y crecimiento económico regional
- 39: Bilingüismo y Educación. Incidencia de la Red de Centros Bilingües de Andalucía
- 40: Marroquíes en Andalucía. Dinámicas migratorias y condiciones de vida
- 41: Obstáculos y oportunidades. Análisis de la movilidad social intergeneracional en Andalucía
- 42: El vandalismo como fenómeno emergente en las grandes ciudades andaluzas
- 43: Transformando la gestión de recursos humanos en las administraciones públicas
- 44: Valores y conductas medioambientales en España
- 45: ¿Sabemos elegir? Introducción al estudio de la conducta económica de las personas
- 46: Metro ligero e innovación para la movilidad sostenible de las áreas metropolitanas andaluzas
- 47: El papel de las regiones en la actual Unión Europea
- 48: Nuevos enfoques en el diseño de los copagos farmacéuticos
- 49: La inmigración en Andalucía. Un análisis con datos de la Seguridad Social (2007-2008)
- 50: Arte contemporáneo y sociedad en Andalucía
- 51: La creación de una nueva realidad empresarial. El caso de Andalucía
- 52: Nuevos modelos de familia en Andalucía y políticas públicas
- 53: Rasgos básicos del envejecimiento demográfico y las personas mayores en Andalucía
- 54: Género, salud y orden social. El caso del modelo clínico de transexualidad
- 55: Gestión del pluralismo religioso en el ámbito autonómico y local
- 56: La educación como factor determinante de la movilidad intergeneracional en Andalucía
- 57: Las compañías de bajo coste en los aeropuertos andaluces
- 58: La construcción del sujeto político entre los jóvenes en riesgo
- 59: La disposición a pagar por el medio ambiente. Un análisis con datos de Andalucía
- 60: La inmigración en Andalucía. Un análisis con datos de la Seguridad Social en 2009
- 61: Percepción de la desigualdad y demanda de políticas redistributivas en Andalucía
- 62: Las violencias masculinas y la prevención de la violencia contra las mujeres
- 62: Las violencias masculinas y la prevención de la violencia contra las mujeres
- 63: La población infantil ante las nuevas tecnologías de la información. Una aproximación a la realidad de los nativos digitales andaluces
- 64: El contacto de la ciudadanía con los ayuntamientos como forma de participación política en Andalucía
- 65: Hacia un modelo de movilidad urbana sostenible
- 66: Las transiciones hacia el empleo de la juventud andaluza
- 67: El sector de los alimentos ecológicos en Andalucía: diagnóstico, retos y estrategias
- 68: Percepción de los españoles y andaluces ante la pobreza
- 69: La presencia de las mujeres en los ayuntamientos andaluces (1979-2011)
- 70: Un relato sobre identidad y vida buena en Andalucía
- 71: Bienestar, desigualdad y pobreza en Andalucía: un estudio comparativo con el resto de España a partir de las encuestas de condiciones de vida 2006 y 2012
- 72: Competencias autonómicas y gestión de la cuenca del Guadalquivir
- 73: Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales



# IDAD



El golpe. Cultura del entorno



Centro de Estudios Andaluces  
**CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL**