

**XXVII Jornadas catalanas de derecho del trabajo  
"In memoriam Profesor M.R. Alarcón"**

***Barcelona, 17-18 marzo 2016***

**IMPACTO PRÁCTICO DE LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ  
EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES**

***Luis Jimena Quesada***

**SUMARIO:**

I. Consideraciones preliminares: 1. La correcta aprehensión de las fuentes de Derecho del Trabajo de producción internacional. 2. La correcta aprehensión de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS. II. Crítica a la posición del TS en relación con el CEDS: 1. A propósito del Auto de 4 de noviembre de 2015. 2. Jurisprudencia precedente del TS atisbando una especie de *flexinormatividad*. II. Crítica a la postura del TC en respecto al CEDS: 1. A propósito de la STC 119/2014, de 16 de julio. 2. Jurisprudencia concordante del TC contraviniendo el impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS. IV. Reflexiones y propuestas finales: hacia la superación de una jurisprudencia nacional "anticrisis" desconocedora de los cánones jurisprudenciales europeos (en particular, del CEDS) de Derecho del Trabajo.

**I. Consideraciones preliminares**

**1. La correcta aprehensión de las fuentes de Derecho del Trabajo de producción internacional**

De entrada, ni que decir tiene que cuando el artículo 1 de la Constitución española de 1978 (CE) dispone, en su primer apartado, que "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político", es obvio que semejante fórmula (que sirve de tal suerte de pórtico al texto articulado de la Norma Fundamental y, además, menciona curiosamente "social" como primer adjetivo, pese a no responder ello estrictamente a la evolución histórica) debe verse dotada de pleno sentido y vigencia a través de las demás fuentes (en nuestro caso, de Derecho del Trabajo) del ordenamiento constitucional español, sean de producción nacional o internacional.

En otras palabras, la *subfórmula* estatal del Estado social (lo mismo que las otras dos *subfórmulas* integradas del Estado de Derecho y del Estado democrático) constituye una exigencia axiológica de orden internacional y, en paralelo, los valores superiores propugnados se erigen igualmente en elementos axiológicos de dimensión internacional. Lo cual, si adicionalmente se pone en conexión con el mandato constitucional de efectividad del artículo 9.2, impone que los operadores jurídicos

domésticos se hagan eco, y de buena fe, del efecto útil de esas fuentes constitucionales de producción internacional que, por lo demás, integran ese deber constitucional de sujeción "a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" que establece el artículo 9.1. En la misma línea, es evidente que esas disposiciones internacionales sociales y laborales (como el resto de tratados), tras su válida incorporación y publicación oficial en España, son "parte del ordenamiento interno" y, consecuentemente, han de ser efectivas "en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional" (artículo 96.1 CE).

En realidad, esa referencia a "la forma prevista en los propios tratados", en el caso de los tratados sobre derechos humanos que instituyen una instancia de garantía, significa la necesaria toma en consideración no sólo del texto del tratado sino asimismo de la interpretación última y máxima realizada por dicha instancia, o sea, de la jurisprudencia de los respectivos órganos de control: en tal sentido, la regla "*in claris interpretatio non fit*" difícilmente cabrá elevarla a dogma con asidero exclusivo y excluyente en la literalidad del tratado (so pena de incurrir, paradójicamente, en parcial "complitud" del ordenamiento basada en una irreflexiva, y poco esclarecedora en la mayoría de casos, interpretación literal o gramatical) pues, como bien se ha destacado, "ninguna ley es ajena al proceso interpretativo, por clara que parezca"<sup>1</sup>.

De este modo, el cumplimiento del tratado implica que, sin perjuicio de discernir las fases de interpretación y de aplicación del tratado, no cabe disociar ambas, puesto que la letra del tratado (por la propia naturaleza general de las disposiciones que plasman ese consenso normativo internacional) adquirirá pleno significado a través de la correspondiente jurisprudencia. En otro caso, la letra de pacto internacional devendrá muerta, en lugar de forjar un instrumento vivo adaptado al imperativo real de protección de los derechos reconocidos. No otra lectura cabe efectuar del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE.

Desde este punto de vista, resultará por ello mismo muy extraño que se produzca una contradicción entre una norma nacional y otra internacional, siendo en cambio posible que surja alguna divergencia o conflicto interpretativos. En tal supuesto, habrá de tenerse presente la prevalencia del estándar internacional sobre el canon nacional (por mandato de la propia Constitución, que en su artículo 96.1 constitucionaliza lógicamente la solución de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, recientemente asumida asimismo por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales), debiendo hacerse efectiva esa prevalencia por las autoridades públicas internas (eventualmente, a través de un correcto ejercicio del control de convencionalidad por los órganos jurisdiccionales)<sup>2</sup>, salvo cuando el parámetro internacional sea menos favorable, en cuyo caso las mismas normas convencionales sobre derechos humanos suelen manifestar su condición de estándar mínimo susceptible de ser superado por otras normas internacionales o nacionales en atención al principio *favor libertatis*.

Con estas premisas, la praxis española muestra, especialmente en el ámbito judicial, una aprehensión (más o menos correcta) impregnada de cierto entusiasmo

<sup>1</sup> MENEZES COELHO DE SOUZA, Roberta: *O Estado Democrático de Direito e a Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Editora eletrônica, 2003, p. 114.

<sup>2</sup> Véanse en este ámbito los recientes trabajos de Sergio GARCÍA RAMÍREZ ("Control judicial de convencionalidad") y de Ernesto JINESTA (Control de convencionalidad difuso por la jurisdicción constitucional") en la *Revista Peruana de Derecho Público*, nº 31, julio-diciembre 2015.

(más o menos reflexivo), de determinada normativa supranacional o internacional de carácter laboral (en particular, universal -de la OIT- y comunitaria -de la UE-); como contrapartida, cabe comprobar correlativamente una aprensión (más o menos explícita) imbuida de cierta reticencia (con mayor o menor conocimiento), hacia otras disposiciones laborales internacionales (sobre todo, regionales -del Consejo de Europa- y algunas otras universales -de Naciones Unidas, sobre derechos económicos, sociales y culturales).

Con relación al primer supuesto, no faltan ilustraciones jurisprudenciales (del TC y del TS) que hacen suyas normas programáticas o de "soft-law" de la OIT (silenciando o simplemente ignorando al tiempo normas obligatorias o de "hard-law" del Consejo Europa), o atribuyen a la UE normas elaboradas en el seno del Consejo de Europa. Por cierto, en general la academia no ha contribuido precisamente hasta la fecha a paliar esos aspectos deficitarios, salvo valiosas excepciones<sup>3</sup>. Y, en lo que concierne al segundo supuesto, algún precedente invita a no ser demasiado optimistas sobre el modo en que asumirán los operadores jurídicos españoles (incluidos los órganos jurisdiccionales) los dictámenes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de resolución de las comunicaciones individuales<sup>4</sup>, siendo incluso más flagrante (y, en mi opinión, reprochable) la actitud aprensiva de las instancias judiciales supremas españolas (TC y TS) hacia la Carta Social Europea (CSE)<sup>5</sup> y la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) del Consejo de Europa.

## 2. La correcta aprehensión de la CSE y de la jurisprudencia del CEDS

En las coordenadas reseñadas, se pondrá el foco de atención en la última postura mencionada, reveladora de una aprensión hacia la fuente de Derecho del Trabajo de producción europea por excelencia, la CSE, que es el complemento natural del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), siendo ambos los tratados emblemáticos del Consejo de Europa en clave de indivisibilidad de todos los derechos humanos y de la imbricación entre la democracia social y la democracia política. A tal efecto, la crítica girará en torno a las posturas mantenidas por las instancias jurisdiccionales supremas españolas, tanto la ordinaria (por referencia al Auto del TS,

<sup>3</sup> Entre ellas, entre los laboristas, las de Eduardo ROJO TORRECILLA [por ejemplo, "Aplicación de la Carta Social Europea: sí para el JS nº 12 de Barcelona (revalorización de pensiones), no para el TSJ de Cataluña (período de prueba de un año, con ocho votos discrepantes)]. Notas sobre las sentencias de 4 de septiembre y 22 de junio de 2015", publicado el 28 de septiembre de 2015, en su blog: <http://www.eduardorjotorrecilla.es/> o las de Carmen SALCEDO BELTRÁN (*infra*).

<sup>4</sup> Dictamen del Consejo de Estado de 11 de junio de 2015 (expediente nº 318/2015), acerca del valor de los dictámenes del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en relación con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (y el Protocolo facultativo de 1999): "En suma, se trata de dictámenes en los que se recogen opiniones del Comité (y, en su caso, recomendaciones) que no tienen carácter vinculante, que no son resoluciones judiciales y que no constituyen una interpretación auténtica del pacto".

<sup>5</sup> España ratificó la CSE de 1961 el 6 de mayo de 1980 y el Protocolo adicional de 1988 el 24 de enero de 2000, pero sigue sin vincularse por el Protocolo de reclamaciones colectivas de 1995 (ni siquiera firmado por el momento) y por la CSE revisada de 1996 (cuya firma se produjo el 23 de octubre de 2000). España sí ratificó, en cambio, el 23 de septiembre de 2010, el más reciente Protocolo facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, adoptado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008, y mediante el que se establece un mecanismo de comunicaciones o denuncias individuales.

Sala de lo Social, de 4 de noviembre de 2015, recurso nº 926/2015) como la constitucional (por alusión a la STC 119/2014, de 16 de julio).

Antes de acometer el análisis crítico de sendas posturas del TS y del TC, conviene completar las premisas avanzadas. En este sentido, las resoluciones del CEDS que nutren su jurisprudencia revisten dos modalidades, las "conclusiones" en el sistema de informes y las "decisiones" (de admisibilidad y de fondo) en el procedimiento de reclamaciones colectivas. Ambos tipos de resoluciones, junto con el texto de la CSE, configuran el compromiso social internacional de vinculante aplicación en España. Es más, aunque España no haya aceptado todavía el mecanismo judicial de reclamaciones colectivas establecido mediante el Protocolo de 1995, las decisiones adoptadas por el CEDS en relación con los países que sí han aceptado dicho mecanismo son obviamente aplicables a nuestro país cuando resuelvan casos sustancialmente análogos; de la misma manera que las sentencias dictadas por el TEDH frente a otros países serán extensibles a España en la sustanciación de litigios análogos.

Frente a esto último podría argüirse hipotéticamente que España sí está sometida a la jurisdicción del TEDH para la formulación de demandas individuales, mientras que no ha aceptado la jurisdicción del CEDS para la recepción de reclamaciones colectivas. Sin embargo, semejante argumento no resulta de recibo, por dos motivos:

- De un lado, como se decía, la CSE se compone del texto del tratado y de la jurisprudencia del CEDS, tanto la elaborada en el sistema de informes como la establecida en el procedimiento de reclamaciones colectivas y, consiguientemente, la integración de la letra del tratado con la interpretación del CEDS sobre la base de las reclamaciones afecta a todas las Partes Contratantes de la CSE, sea la de 1961 (como es el caso de España), sea la revisada de 1996; que España no haya asumido el mecanismo de reclamaciones colectivas significa sencillamente que no podrá ser demandada directamente, pero sí será sujeto pasivo de esa jurisprudencia generada por la vía de las reclamaciones, con el "perjuicio" añadido de no poder en cambio personarse en Estrasburgo ante el CEDS (en los procedimientos de reclamaciones colectivas sólo pueden intervenir las Partes Contratantes que hayan aceptado dicho mecanismo).
- Y, de otro lado, debe tenerse presente que ambos sistemas (informes y reclamaciones colectivas) se retroalimentan, lo cual se manifiesta en que el CEDS se inspira y cita en sus "decisiones de fondo" la jurisprudencia elaborada en el sistema de informes y, paralelamente, se inspira y cita en sus "conclusiones" la jurisprudencia desarrollada a través de la resolución de las reclamaciones colectivas.

Aplicando esta doble motivación al supuesto de fondo sustanciado en el citado Auto del TS de 4 de noviembre de 2015 (período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores) que se analizará a continuación (apartado II, *infra*), debe avanzarse que han actuado correctamente los órganos de la jurisdicción social (algunos juzgados de lo social) que han aplicado el control de convencionalidad basándose en una decisión de 2012 del CEDS contra Grecia en la materia incluso antes (en 2014) de que

el propio CEDS haya condenado a España directamente en el marco del sistema de informes (conclusiones publicadas en enero de 2015).

En consecuencia, y en conjunción con lo acabado de reseñar, no es tiempo ya de seguir desconociendo la jurisprudencia del CEDS (así se denomina oficialmente y como tal puede encontrarse en su base de datos en el sitio web de la CSE: [www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter))<sup>6</sup> y, menos aún, de silenciarla o ignorarla aun conociéndola. Lamentablemente, queda camino por recorrer en la praxis judicial española, como pasa a criticarse.

## II. Crítica a la posición del TS en relación con el CEDS

### 1. A propósito del Auto de 4 de noviembre de 2015

El Auto de 4 de noviembre de 2015 de la Sala de lo Social del TS resuelve declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por un trabajador contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 2 de diciembre de 2014 (recurso de suplicación nº 5253/14, interpuesto por la empresa condenada en la instancia) frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Mataró de fecha 9 de abril de 2014 (procedimiento de despido nº 492/2013). Esta sentencia del Juzgado de lo Social había sido estimatoria y declaró que la extinción del contrato indefinido de apoyo a emprendedores del trabajador recurrente (éste había empezado a prestar sus servicios el 14 de mayo de 2012, notificándole la empresa el 26 de abril de 2013 la extinción de su contrato con efectos de 13 de mayo de 2013, por no haber superado el período de prueba) debía ser calificada como despido improcedente.

Lo interesante de la sentencia del Juzgado de lo Social es que, en una plausible argumentación jurídica que revela una correcta aprehensión del sistema constitucional de fuentes y particularmente del ordenamiento laboral, descarta la aplicación de la disposición (artículo 4.3) de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo que estableció esa figura contractual, por disconformidad con el artículo 4.4 CSE a la luz de la Decisión de fondo del CEDS de 23 de mayo de 2012 de resolución de la Reclamación nº 65/2011 dictada contra Grecia en un tipo de contrato similar con período de prueba de un año y posibilidad de despido sin preaviso y sin indemnización. Con ello, el Juzgado de instancia ejerció con determinación y convicción el control de convencionalidad.

Desafortunadamente, la Sala de suplicación declaró, mediante sentencia de 2 de diciembre de 2014, la procedencia de la extinción contractual, con transcripción de la STC 119/2014, de 16 de julio, que declaró constitucional (con tres votos en contra) la fijación de un periodo de prueba de un año en este tipo de contratos. Pero, sobre todo, dicha Sala decidió, de forma palmariamente incongruente y desazonadora para la parte recurrente, silenciar e ignorar la Decisión de referencia del CEDS

<sup>6</sup> Se trata del producto elaborado por el CEDS en su cometido de *juris-dictio* o de "decir el Derecho" contenido en la CSE con carácter último. De forma clara y sintética lo expresa BRILLAT, Régis: "La Charte sociale européenne et le contrôle de son application", en ALIPRANTIS, Nikitas (Ed.): *Les droits sociaux dans les instruments européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 44: "el término 'jurisprudencia' utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación".

explícitamente invocada en el recurso de suplicación; en estos términos (FJ 5º): *"En relación con el motivo de oposición que alega la parte actora en la impugnación del recurso de suplicación en cuanto a la aplicación de la Carta Social Europea de 1961, ratificada por España, siendo una norma internacional que forma parte del Derecho Interno, y está por encima de la Ley Nacional. Hay que precisar que por sí misma la Carta Social Europea de 1961 no desvirtúa la interpretación que hace el Tribunal Constitucional citada anteriormente [se refiere a la STC 119/2014, de 16 julio], ya que hace mención en el art. 4, que ha de reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación de empleo, ya que el término de razonabilidad es un concepto jurídico indeterminado, lo que determina el que no sea ajustado a derecho el citado motivo de oposición de la parte actora"*.

Esta sentencia del TSJ de Cataluña merece una doble crítica. En primer lugar, alude desacertadamente a la STC 119/2014 en términos de concurrencia o divergencia enfrentando el canon de constitucionalidad con el canon europeo y, con ello, apartándose del correcto entendimiento del sistema de fuentes y del mandato interpretativo del artículo 10.2 CE que propende a la sinergia y a la selección del estándar más favorable. Y, en segundo término, al obviar la interpretación del artículo 4 de la Carta Social realizada por el CEDS en las decisiones pertinentes, el TSJ catalán está en verdad renegando de su propio cometido jurisdiccional al interpretar las normas y los eventuales "conceptos jurídicos indeterminados", pues ello comporta una disociación del texto normativo y de su insoslayable interpretación, así como una visión oscura de las reglas de la hermenéutica y de la tarea de "decir el Derecho" (*Juris-dictio*). Lo cual genera, con carácter añadido, una aleatoria fijación del significado a las normas de referencia, esto es, una especie de *flexinormatividad* del ordenamiento laboral.

Desgraciadamente, el TS ha seguido en fase de casación un proceder similar a través del referido Auto de 4 de noviembre de 2015. Resulta pertinente aludir aquí al tercero de los motivos casacionales, con transcripción del FJ 3º, en donde el TS descarta pura y llanamente, sin más, la idoneidad de las decisiones del CEDS como elemento pertinente a efectos del recurso de casación, en estos términos: *"En relación con el último motivo de casación unificadora, la parte recurrente invoca de contraste lo que identifica como 'Decisión sobre el Fondo, de fecha 23/05/2012 (Reclamación núm. 65/2011), dictada por el Comité Europeo de Derechos Sociales, en su calidad de órgano jurisdiccional de interpretación instituido por la Carta Social Europea de 18/10/1961', que no es una de las resoluciones a las que refiere el art. 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, por lo que no se trata de una resolución idónea a los efectos de examinar la contradicción, ya que la contradicción, que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 219 apartados 1 y 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ha de establecerse con las sentencias que menciona el precepto citado, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos otras resoluciones no expresamente mencionadas"*.

Así las cosas, llama la atención que el TS aluda de manera autosuficiente y peyorativa a "lo que identifica" la parte recurrente como "decisión sobre el fondo" del CEDS, casi sugiriendo que dicha parte haya inventado dicha resolución, dando a entender prácticamente con ello un doble desconocimiento de la jurisprudencia del CEDS, ya sea involuntario, ya sea voluntario, y siendo difícil ponderar cuál de los dos

resulta más preocupante para evitar esa flexinormatividad del ordenamiento laboral. Pues, ciertamente, el TS tiene disponibles y accesibles (sin necesidad de apelar a la "identificación" por la parte recurrente, que se limita a hacerlas valer, pues ya existen y están perfectamente identificadas) las resoluciones del CEDS en la citada web oficial del Consejo de Europa, con una base de datos jurisprudencial (integrada con la base HUDOC del TEDH) que dota de tanta estabilidad y seguridad jurídica a dichas resoluciones como a las del propio TS y otros órganos jurisdiccionales españoles mediante su inclusión, por ejemplo, en el buscador de jurisprudencia del CENDOJ.

En suma, el TS acaba decantándose por una obsoleta noción de jurisprudencia a los efectos del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tanto por recordar la anticuada aproximación a la jurisprudencia del Código civil español (artículo 1.6), como por alejarse de los cánones jurisprudenciales europeos más recientes (especialmente de los establecidos por el CEDS en el marco del procedimiento judicial de reclamaciones colectivas).

Desde luego, el TS viene con ello a dar cuerpo a una anomalía en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo, sin llegar al extremo descalificador del CEDS (de su catalogación -e incluso denominación- y de sus resoluciones) susceptible de ser sorprendentemente hallado en resoluciones como la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (Valladolid) de 25 de marzo de 2015 (recurso de suplicación nº 60/2015) que tiene su origen asimismo en un procedimiento de despido referente a un contrato de duración indefinida a tiempo completo de apoyo a emprendedores. La verdad es que el FJ 3º de dicha sentencia descarta (como el Auto del TS antes estudiado) la infracción del artículo 4.3 CSE y la viabilidad de la invocación de la Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 a través de una argumentación que se pretende doctrinalmente erudita sobre la caracterización de la CSE y del CEDS (aludiendo a los orígenes y evolución, e incluso comparando con el Consejo de Estado francés) pero que, diversamente, incluye un cúmulo de despropósitos entre los que figuran el error en la denominación del CEDS (que empieza denominando "Comisión Europea de Derechos Sociales" y luego llama "Consejo") o en su configuración (se dice equivocadamente que sus miembros no realizan ninguna declaración solemne de independencia<sup>7</sup>).

Por añadidura, con respecto al texto del tratado, concluye erróneamente el TSJ de Castilla-León que, "en cualquier caso, todos los derechos, incluidos los no aceptados, deben considerarse principios o aspiraciones de política pública que los Estados Parte tratarán de alcanzar en un futuro no demasiado lejano"; y con relación a las resoluciones del CEDS, señala que en general no son "vinculantes para nuestro Estado" y, en particular, las dictadas por el CEDS respecto de otros países (como el caso de la Decisión de referencia contra Grecia) tampoco tendrían virtualidad alguna en España al no haber aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas ("no

---

<sup>7</sup> Véase artículo 4 (*declaración solemne*) del Reglamento del CEDS, en donde se dispone que, ante des asumir sus funciones, cada miembro debe formular la declaración siguiente: "Declaro solemnemente que ejerceré mis funciones de miembro del Comité de conformidad con las exigencias de independencia, de imparcialidad y de disponibilidad inherentes a este mandato y observaré el secreto de las deliberaciones del Comité".

resultaría vinculante para nuestro país resoluciones como las que cita el recurrente como infringidas")<sup>8</sup>.

## 2. Jurisprudencia precedente del TS atisbando una especie de *flexinormatividad*

Si acabamos de constatar la aprensión hacia la jurisprudencia del CEDS en el orden jurisdiccional social (especialmente, en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia que se han enfrentado a su posible utilización y en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo), no faltan tampoco ilustraciones de una parecida actitud de reparo hacia la misma CSE, lo cual resulta *a fortiori* preocupante. Dicho de otro modo, si se niega la mayor (la virtualidad del texto del tratado), difícilmente se acogerá con actitud positiva la jurisprudencia derivada de dicho texto en virtud de la tarea interpretativa del CEDS.

Seguramente el precedente más sintomático venga dado por la STS (Sala de lo Social) de 26 de septiembre de 2006 (recurso de casación nº 165/2005), que rechazó la toma en consideración del derecho a la formación profesional acudiendo al parámetro de la CSE [artículo 10.4.c)] en un conflicto sobre la duración del descanso compensatorio (uno concedía la empresa, dos postulada el trabajador) por asistencia a un curso de formación cuya realización coincidía con el día de descanso semanal. Para alcanzar esa conclusión de rechazo, lo más decepcionante no es que el TS se libre a una interpretación *propia* del artículo 10.4.c) CSE basada prácticamente en que la letra del tratado *no prevé todo*<sup>9</sup> (y, por ende, rehúsa acercarse a una posible interpretación de ese tratado por el órgano *ad hoc* establecido por él, el CEDS), sino, sobre todo, el despropósito consistente en aducir tanto que un tratado no es vinculante<sup>10</sup> como que la parte recurrente no habría justificado el número de compromisos (artículos o apartados) suscritos por España con respecto a dicho instrumento del Consejo de Europa<sup>11</sup>, y más precisamente su artículo 10.4.c).

---

<sup>8</sup> Esta posición recogida en la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-León (Valladolid) de 25 de marzo de 2015 se acoge asimismo en pronunciamientos posteriores de la misma Sala (por ejemplo, en el FJ 5º de la sentencia nº 714 de 22 de abril de 2015, recurso de suplicación nº 164/2015).

<sup>9</sup> Véase el apartado 3a) del FJ 2º.

<sup>10</sup> Se argumentaba así en el apartado 3b) del FJ 2º de la STS de 26 de septiembre de 2006: "no puede afirmarse que este art. 10-4-c) tenga fuerza vinculante en España. Este precepto se integra en la Parte II de la Carta Social Europea, la cual Parte II se inicia manifestando que 'las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas en la forma dispuesta en la Parte III por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes', que son los arts. 1 al 19, que componen dicha Parte II. La Parte III comienza en el art. 20, cuyo número 1 prescribe que "cada una de las Partes Contratantes se compromete:... b).- A considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte

II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19'. No incluye esta obligatoriedad al art. 10, de que tratamos, y por ello, en principio, no se le puede reconocer fuerza vinculante en España".

<sup>11</sup> Se continuaba razonando así en ese FJ 2º de dicha STS de 26 de septiembre de 2006: "(...) es obvio que en el presente caso, *para formular correctamente el recurso de casación, no basta haber alegado la violación del art. 10-4-c) de la Carta Social Europea, sino que además es necesario alegar también la infracción del art. 20-1-c) y 20-2 de la misma (cosa que en modo alguno se ha hecho en tal recurso) y además haber fundamentado esta específica infracción exponiendo y detallando las notificaciones y demás actos jurídicos llevados a cabo por el Estado español determinantes de que el mismo se hubiese obligado a cumplir el referido art. 10-4-c). Nada de esto se ha cumplido en el recurso examinado, lo que pone en evidencia que el mismo no cumple los requisitos propios de todo recurso de casación, y por ello decae totalmente la alegación de que tratamos*".



Es cierto que la CSE prevé una fórmula de "ratificación a la carta" o del "núcleo flotante", pero *curiosamente* dichos compromisos están publicados en el BOE junto con el instrumento de ratificación y, por ende, son de obligado conocimiento y aplicación por la jurisdicción nacional; por otro lado, no resulta menos curioso el dato de que España ratificó en 1980 el conjunto de artículos y apartados de la CSE de 1961<sup>12</sup>. Con estos mimbres, cabía presuponer las dificultades de ejercicio de un eventual control de convencionalidad tomando como parámetro, no ya el texto de la CSE, sino la jurisprudencia del CEDS.

Realmente, esa disociación entre el texto de la CSE y su interpretación (por el CEDS, que no había sido ni siquiera mencionado antes por el TS hasta el ya analizado Auto de la Sala de lo Social de 4 de noviembre de 2015, recurso nº 926/2015) viene de lejos: sirva de ejemplo, la STS (Sala de lo Social) nº 1466 de 13 de diciembre de 1990 (recurso nº 56/1988), la cual casi exige el dogma de la plenitud a los preceptos de la CSE y demás instrumentos internacionales (y a la propia Constitución española) que allí se citan<sup>13</sup>. Por otra parte, cuando el TS ha conocido de algún asunto en el que un TSJ había utilizado la CSE como elemento fundamental de su *ratio decidendi* (lógica y coherente consecuencia de su condición de tratado y, por tanto, norma vinculante), aquél tampoco ha sido receptivo<sup>14</sup>.

Ahora bien, los agravios a la CSE en la práctica del TS no acaban ahí, puesto que no sólo se dice de forma casi temeraria, directa o indirectamente, que no es vinculante<sup>15</sup>, sino que es "absorbida" o confundida con el Derecho de la UE o, en el mejor de los casos, es citada de modo indirecto a través de su inclusión en el Derecho primario de la UE (por ejemplo, en el artículo 151 TFUE)<sup>16</sup>.

Como contrapunto a lo acabado de criticar (operando al tiempo una correcta aprehensión de las fuentes constitucionales sociales de producción nacional) y antesala de las propuestas finales (de compensación de esa jurisprudencia devaluada y anticrisis) merece la pena aludir al voto particular suscrito por un buen número de magistrados del propio Tribunal Supremo frente al criterio mayoritario sostenido en la STS (Sala de lo Social) de 22 de julio de 2013 (recurso nº 1380/2012):

---

<sup>12</sup> BOE nº 153 de 26 de junio de 1980.

<sup>13</sup> Se dice sí en su FJ 2º: "El tercer motivo, denuncia violación del art. 40.2 de la Constitución Española, 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y art. 2.º de la Carta Social Europea. Todos los preceptos citados se refieren a la limitación en la jornada laboral y la necesidad de descanso y disfrute de tiempo libre, pero sin que ninguno de ellos concrete un límite determinado o una necesidad de descanso o tiempo libre que pueda entenderse desconocida por el simple hecho de no computar como horas extraordinarias el tiempo de guardia para la asistencia de urgencia".

<sup>14</sup> A título de ejemplo, STS (Sala de lo Social) nº 624 de 9 de junio de 1992, FJ 2º: "la cita que la Sentencia recurrida [del TSJ de Castilla-La Mancha] hace del art. 2º, núm. 5 de la Carta Social Europea en cuya aplicación e interpretación fundamenta decisivamente su pronunciamiento, olvida que no es lo discutido en el litigio el derecho al reposo semanal, que los actores disfrutaban, sino como ya se dijo si el reposo que se concede a los actores de un día después de la guardia les da derecho a disfrutar este reposo al día siguiente del festivo cuando la guardia se realizó la víspera del festivo, pretensión que como se ha dicho no está autorizada por la legislación aplicable". Véase, en idéntico sentido, el FJ 2º de la precedente STS (Sala de lo Social) nº 155 de 20 de febrero de 1992.

<sup>15</sup> Léase STS (Sala de lo Social) de 26 de junio de 2003 (recurso nº 124/2002), FJ 8º: en una desafortunada cita (errónea en cuanto a la numeración del precepto de referencia, que no es el artículo 8, sino el artículo 10 sobre el derecho a la formación profesional, y en cuanto a la fecha de la CSE) se dice que "así lo propone el Art. 8 de la Carta Social Europea de 27 de abril de 1.978, ratificada por España el 6 de mayo de 1.980".

<sup>16</sup> Véase STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2015 (recurso nº 32/2015), FJ 2º, apartado 3.

- de un lado, se afirma que *"todo ello se lleva a cabo -siempre según mi opinión que expreso con el máximo respeto a la postura mayoritaria- de forma un tanto abstracta y sin tener en cuenta la situación de la trabajadora demandante, que en un contexto de crisis generalizada, después de casi veinte años de prestación de servicios para una Administración Pública, por causas totalmente ajenas a su voluntad, ve extinguida su relación, sin una mínima indemnización compensatoria, lo que - anticipo- choca frontalmente no sólo con los principios de un Estado social de derecho, que el artículo 1º de nuestra Constitución proclama y garantiza, sino también con los principios de la Carta Social Europea -ratificada por España- y el Convenio nº 158 de la Organización Internacional del Trabajo, -igualmente ratificado- normas todas ellas que garantizan protección en caso de despido"*<sup>17</sup>;

- y, de otro lado, concluye que *"esta solución, subsidiaria, resultaría más acorde no sólo con el ya mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, sino también -como ya anticipamos- con los principios del Estado social constitucional, de la Carta Social Europea, y de la O.I.T, garantizadores todos ellos de protección al trabajador en el caso de despido"*<sup>18</sup>.

## **II. Crítica a la postura del TC en respecto al CEDS**

### **1. A propósito de la STC 119/2014, de 16 de julio**

Si anteriormente se ha criticado la posición del TS por la asunción de una anticuada noción de jurisprudencia anclada en la concepción del artículo 1.6 del Código civil, ahora procede extender el análisis crítico a la postura análoga mantenida por el TC y desafortunadamente abocada asimismo a una preocupante flexibilidad del acervo social. Si el foco de la crítica se ha dirigido anteriormente al Auto del TS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2015 (recurso nº 926/2015) sobre el controvertido contrato de apoyo a emprendedores, en este momento se va a dirigir a la STC 119/2014, de 16 de julio, que en buena medida se saldó a cuenta de la misma modalidad contractual.

El Tribunal Constitucional se vio enfrentado de lleno a las medidas anticrisis con motivo del recurso de inconstitucionalidad nº 5603-2012 interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, resuelto en sentido desestimatorio mediante la STC 119/2014, de 16 de julio.

El Letrado del Parlamento navarro hizo valer en su argumentación los derechos constitucionales concernidos por los artículos 14 (no discriminación), 24 (tutela judicial efectiva), 28 (libertad sindical), 35 (derecho al trabajo) y 37 (negociación colectiva), así como la incidencia de diversos tratados internacionales (de la OIT y del Consejo de Europa). En sentido opuesto, llama la atención que la Abogacía del Estado, que interesó el rechazo del recurso, señalara que "los convenios internacionales no

---

<sup>17</sup> Apartado 2 del FJ segundo del voto particular formulado por el Magistrado Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren los Magistrados Fernando Salinas Molina, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Rosa M<sup>a</sup> Virolés Piñol, M<sup>a</sup> Lourdes Arastey Sahún y Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

<sup>18</sup> Apartado 3 del FJ séptimo del voto particular.

pueden convertirse en medida de constitucionalidad, por lo que la pretendida infracción (...) no entrañaría necesariamente la inconstitucionalidad de la Ley, sin perjuicio de lo que establece el art. 10.2 CE", con lo cual se constata una vez más la impertinente disociación entre aplicación e interpretación de normas internacionales y, en la misma dirección, la ficticia separación entre el mandato interpretativo del artículo 10.2 y la formal no integración de los tratados en el bloque de constitucionalidad.

Con estos parámetros, y al analizar el primer motivo impugnatorio referente al contrato de apoyo a emprendedores y a su controvertido período de prueba de un año (artículo 4.3 de la Ley 3/2012), el TC orienta su enfoque partiendo del carácter "no absoluto ni incondicional" del derecho al trabajo (artículo 35 CE) para justificar la legitimidad, la razonabilidad y la proporcionalidad de su limitación al confrontarlo con la "necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionales dignos de tutela", que reconduce a la libertad de empresa y la defensa de la productividad (artículo 38 CE) y al objetivo del pleno empleo (artículo 40 CE), haciendo prevalecer estos últimos por su dimensión colectiva frente a la "vertiente individual" del derecho al trabajo del artículo 35 CE; además, justifica la mayoría de magistrados constitucionales esa limitación en atención al "valor interpretativo ex art. 10.2 CE" del Convenio nº 158 de la OIT ratificado por España, con respecto al cual esa "peculiaridad" prevista en nuestro ordenamiento para el período de prueba se encontraría en "sintonía" (FJ 3º).

No deja de sorprender que el TC acuda (nuevamente, el extenso FJ 3º) a esa fuente internacional mediante una exégesis *sui generis* (contestada con contundencia en el voto particular discrepante<sup>19</sup>) para justificar una interpretación restrictiva o "a la baja" que superaría las exigencias de legítima finalidad, razonabilidad y proporcionalidad, a través de un pronunciamiento que curiosamente la propia jurisdicción constitucional califica en diversas ocasiones (como la propia medida legislativa controvertida) de "coyuntural" y revela un carácter contingente<sup>20</sup>. A tal efecto, acomete el alcance de la duración razonable del período de prueba como "un aspecto que corresponde resolver a cada Estado" con apoyo en un supuesto margen de apreciación nacional avalado por la OIT mediante el citado Convenio nº 158 y que, a la postre, sirve al Alto Tribunal para concebir el derecho al trabajo como un derecho de configuración legal dependiente de una "ley" (a la que se remiten disposiciones constitucionales referidas por el TC, entre ellas, los artículos 35.2, 37.1, 53.1 ó 149.1.7) que el TC prefiere sustraer a su control de constitucionalidad.

En cambio, debe reprocharse que la mayoría de magistrados constitucionales silencien deliberadamente el parámetro internacional más favorable y, por ende, coherente con el mandato interpretativo *favor libertatis* o "al alza", del CEDS, que acometió análoga problemática con respecto a una modalidad contractual similar introducida en Grecia. En otras palabras, el TC habría evitado esa interpretación "sui generis" teóricamente deducida del Convenio nº 148 de la OIT si hubiera acudido con

---

<sup>19</sup> Véase apartado II.B.8 del voto particular, que insiste en que el conflicto suscitado "conforme a lo previsto en el art. 10.2 CE, debió de ser interpretado a la luz de los compromisos internacionales asumidos por España; en el caso a examen, a la luz del canon hermenéutico del art. 4 del Convenio de la OIT nº 98 efectuada por el Comité de libertad sindical de la mencionada organización y ratificada por su Consejo de administración en el reseñado Informe".

<sup>20</sup> En el FJ 3º puede leerse: "Como es obvio, la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada".

naturalidad a los mandatos constitucionales interpretativo y aplicativo de las normas internacionales (artículos 10.2 y 96.1) por referencia a la Decisión del CEDS de 23 de mayo de 2012. Cabalmente, habría evitado el TC una interpretación divergente (y disconforme con el texto constitucional por contradictoria con esos artículos 10.2 y 96.1) si hubiera bebido de esa jurisprudencia del CEDS, ahorrando así un esfuerzo argumental que ya le venía dado por la motivación ofrecida por la instancia de garantía de la CSE, y cuya conclusión no podía ser sino el carácter ilegítimo, irrazonable y desproporcionado de la modalidad contractual controvertida.

Naturalmente, sobre acudir a la jurisprudencia del CEDS, el TC podría haber eludido asimismo una compleja ponderación entre "derechos" y "bienes" constitucionales en juego basada en un errático ejercicio de oposición entre una dimensión colectiva y una vertiente individual del derecho al trabajo, una argumentación que ya se ha mostrado endeble (en virtud de una discutible importación de la teoría estadounidense de las "preferred freedoms") en otros ámbitos como la tensión entre la faceta institucional de las libertades de comunicación y la índole individual de algunos derechos de la personalidad. Por ilustrarlo con sencillez: la oposición entre el alcance individual del derecho al trabajo (artículo 35 CE) y la proyección colectiva del pleno empleo (artículo 40 CE) debía haber dejado paso a un prevalente análisis más atinado en términos de derechos fundamentales (que se yuxtaponen y están dispuestos sistemáticamente de modo complementario y compatible, no necesariamente contrapuesto) sustentado en el tratado europeo de derechos sociales y laborales por excelencia (la CSE), en donde el disfrute del derecho al trabajo se cohonestaba (y no se contraponía) "con el fin de lograr el pleno empleo" (artículo 1.1) y, al tiempo, con el goce del derecho "a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo" (artículo 4.4).

No me detendré en esta ocasión en los demás bloques de motivos impugnatorios. Bastará perfilar el balance crítico de la STC 119/2014 del modo siguiente desde la perspectiva del sistema de fuentes, tanto en clave jurisprudencial como normativa: en cuanto a la primero, baste traer a colación la postura del Tribunal Supremo y su obsoleta concepción de la "jurisprudencia" (anclada en el artículo 1.6 del Código civil), una posición que aparece matizada en el seno del Tribunal Constitucional a través (no de la mayoría silenciosa con respecto a la jurisprudencia del CEDS) del voto particular. Y, en lo atinente al plano normativo, la STC 119/2014 apela a una especie de margen absoluto de configuración legislativa que también engarza con una añeja concepción de la "ley" (como soberana, anclada en el artículo 1.1 del Código civil) que desconoce la prevalencia del canon de constitucionalidad y, a través de él, del parámetro internacional.

## **2. Jurisprudencia concordante del TC contraviniendo el impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS**

A la vista del análisis precedente, la STC 119/2014 difícilmente puede eludir una crítica lectura en términos de regresión, en vez de consolidación, de los postulados del Estado social. En efecto, el enfoque presente en la STC 119/2014 contrasta con la percepción acerca de la profundización en tales postulados durante

las primeras décadas de jurisprudencia constitucional, introduciendo una coyuntural (cabe esperar) brecha en una lógica evolutiva tendente a dotar de solidez a ese acervo social y laboral.

En la misma línea discursiva, se produce un aparente retroceso en el modo de entender los parámetros internacionales pues, como se ha visto, se opera una aprehensión reductora o a la baja (extrayendo de un Convenio de la OIT la consecuencia de limitar, en lugar de reforzar, la protección) o sencillamente un ostensible silencio (ignorando la CSE). En este segundo caso, contrasta el enfoque de la STC 119/2014 con jurisprudencia constitucional precedente en donde la ignorancia puntual de la CSE (en el sentido de su no aplicación) fue plausible, pues como a continuación se argumenta, consciente o inconscientemente se apartó pertinentemente de ella para aplicar el estándar constitucional más óptimo.

La referencia concreta, en este último sentido, es la famosa STC 229/1992, de 14 de diciembre, que hizo prevalecer (en este caso, como se decía, acertadamente) la aplicabilidad del artículo 14 CE (no discriminación por razón de sexo) sobre la del artículo 8.4.b) CSE de 1961<sup>21</sup>, en un conocido asunto en el que una mujer había sido excluida del acceso a un puesto de ayudante minero en la empresa "Hunosa". El TC dio la razón a la recurrente en el sentido de reconocerle su derecho a ocupar en igualdad con los trabajadores hombres el mencionado puesto de trabajo, tras haber superado las oportunas pruebas de admisión. En relación con el artículo 8.4.b) CSE, el TC expresó que "no cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos" (FJ 2º).

En este orden de consideraciones, la STC 229/1992 resulta interesante por evocar la posición de los Tratados internacionales (en este caso, la CSE) en nuestro sistema de fuentes, sugiriendo las siguientes lecturas: 1ª) Los Tratados se encontrarían por debajo de la Constitución; pero, por otra parte, con objeto de evitar problemas de responsabilidad internacional, sería mejor denunciar el Tratado que plantear la cuestión de inconstitucionalidad por Jueces y Magistrados (y mejor aún será suscitar la previa constitucionalidad prevista en el artículo 95 CE)<sup>22</sup>. 2ª) Cabría entender asimismo (y esta solución es la que me parece más acertada) que el TC se ha decantado por la inaplicación de un Tratado cuando éste contenga normas menos favorables que las nacionales: la CSE sería en este punto un *minimum* superado por la normativa interna más favorable, lo que además es coherente con las propias disposiciones de la Carta de Turín de 1961 y, en especial, con su artículo 32 (rubricado *Relaciones entre la Carta y el Derecho interno o los Acuerdos internacionales*)<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Según el artículo 8 (*derecho de las trabajadoras a la protección*), apartado 4.b) CSE: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a protección, las partes contratantes se comprometen: 4.b) (...) A prohibir el empleo femenino en trabajos subterráneos de minería y, en su caso, en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados para la mujer por su carácter peligroso, penoso e insalubre".

<sup>22</sup> *Vid.* Declaraciones del TC 1/1992, de 1 de julio, o 1/2004, de 3 de diciembre.

<sup>23</sup> A tenor del artículo 32 CSE, "las disposiciones de la presente Carta no afectarán 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

En suma, la prioridad otorgada al texto constitucional español con respecto al texto del tratado europeo de derechos sociales puede ser catalogada en el caso de autos como una manifestación evolutiva del principio *favor libertatis*, no sólo a la luz del citado artículo 32 CSE, sino también a la vista de la interpretación progresiva efectuada en su día por el CEDS sobre la base de la comparación entre las versiones francesa e inglesa del artículo 8.4.b) CSE<sup>24</sup>, incluso con anterioridad a la actualización de dicha disposición mediante la CSE revisada de 1996 (artículo 8.5)<sup>25</sup>.

La incógnita que restaba por despejar a la sazón era la siguiente: ¿Estaría el TC español dispuesto a aplicar el reiterado principio *favor libertatis* cuando la "solución social europea" (ya sea sobre la base del texto de la CSE, ya sea con apoyo en la jurisprudencia del CEDS) fuere eventualmente más favorable que la prevista en la fuente normativa nacional? Comprobamos, con cierto desasosiego, que la respuesta ha sido negativa a la luz de la criticada STC 119/2014, cuyo voto particular vuelve a recordar asimismo que nuestra jurisdicción constitucional no ha sido coherente, *contingente y coyunturalmente*, con su propio cuerpo jurisprudencial precedente<sup>26</sup>. Ese mismo silencio y esa misma ignorancia de la jurisprudencia del CEDS se han manifestado desde el ámbito político español<sup>27</sup>.

---

más favorable a las personas protegidas". El mismo tenor literal presenta el artículo H (dentro de la Parte III) de la CSE revisada de 3 de mayo de 1996. Otros ejemplos de la cláusula *favor libertatis* o de *estándar mínimo* pueden encontrarse en instrumentos internacionales como: la Carta Europea de las lenguas regionales o minoritarias, hecha en Estrasburgo el 5 de noviembre de 1992 (artículo 4.2); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (artículo 11); y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (artículo 5).

<sup>24</sup> *Recueil de la jurisprudence relative à la Charte sociale européenne*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1982, p. 96: "El Comité ha destacado que los textos francés e inglés de la letra b) del apartado 4 CSE parecían no concordar. El texto francés prohíbe 'todo empleo de mano de obra femenina en trabajos subterráneos en las minas...' ('tout emploi de main-d'œuvre féminine à des travaux de sous-sol dans les mines...'), mientras que el texto inglés prohíbe el empleo de mujeres en 'trabajos mineros subterráneos...' ('the employment of women workers in underground mining...'). Por consiguiente, parece que el texto francés, que prohíbe todo tipo de trabajo subterráneo en las minas, aunque no se trate de trabajos mineros en sentido estricto, cubre un campo más amplio que el texto inglés, el cual sólo apunta a los trabajos mineros propiamente dichos. (...) Para resolver este problema de interpretación, el Comité ha acudido a la Convención nº 25 de la OIT, relativa al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos en las minas de todas las categorías. Parece, a primera vista, que hay una concordancia entre el artículo 2 de esta Convención y el texto francés de la letra b) del apartado 4. Sin embargo, un examen más atento de la citada Convención, particularmente cuando se trata de 'personas empleadas en los servicios sanitarios y sociales' o de personas llamadas ocasionalmente a descender a las partes subterráneas de una mina para el ejercicio de una profesión de carácter no manual, lo que (...) hace *inclinarse la balanza a favor de la versión inglesa de la letra b) del apartado 4*".

<sup>25</sup> Este es el tenor literal del artículo 8 (*derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad*) de la CSE revisada: "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad, las Partes se comprometen: (...) 5. a prohibir el empleo de las mujeres que estén embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o que estén criando a sus hijos en trabajos subterráneos de minería y en cualesquiera otros trabajos que no sean adecuados por su carácter peligroso, penoso o insalubre, y a adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de estas mujeres en materia de empleo".

<sup>26</sup> Véase apartado II.C de la propia STC 119/2014.

<sup>27</sup> Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, X Legislatura, año 2015, nº 285. Sobre la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista, relativa a la dignificación del salario mínimo interprofesional acercándolo al 60% del salario medio, tal y como establece la Carta social Europea [BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, nº 592, de 16 de enero de 2015 (nº de expediente 162/001123)], pp. 37 y ss. Por la representante del Partido Popular, para rechazar la proposición se arguye: "Señorías, lo que más me interesa señalar es la referencia constante que se hace a la Carta Social Europea. No es cierto que en la Carta Social Europea se recoja en ningún sitio que el salario mínimo interprofesional tiene que alcanzar el 60% del salario medio; no es cierto. El artículo 4.1 de la Carta social Europea habla de los derechos de los trabajadores a una remuneración suficiente, pero

Obviamente, resultaría ingenuo pensar en un giro jurisprudencial inmediato o a corto plazo en el seno de nuestra Corte Constitucional con respecto a la STC 119/2014, de 16 de julio (FJ 3º). Concretamente, el propio Pleno ha inadmitido a trámite dos cuestiones de inconstitucionalidad que planteaban las mismas dudas referentes al contrato de apoyo a emprendedores del artículo 4.3 de la Ley 3/2012, una formulada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña (Auto TC 250/2015, de 21 de octubre) y la otra por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña (Auto TC 60/2015, de 17 de marzo). Del mismo modo, también se ha confirmado ese pronunciamiento (recogido en la STC 119/2014) en las posteriores SSTC 8/2015 (Pleno), de 22 de enero, o 140/2015 (Sala Segunda), de 22 de junio.

Ello no obstante, en el caso de esta última STC 140/2015, es menester destacar una novedad nada despreciable, a saber: que, a diferencia de la Abogacía del Estado, el Fiscal General del Estado interesó la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad asimismo planteada en relación con el artículo 4.3 de la Ley 3/2012<sup>28</sup>, por entender injustificada, arbitraria y desproporcionada esa modalidad contractual establecida por el Legislador, con vulneración del artículo 14 CE, en combinación con los artículos 9.3, 35.1 y 37.1 CE<sup>29</sup>. Esta posición de la Fiscalía es aplaudida en el voto particular, que reitera la discrepancia manifestada respecto a la STC 119/2014.

Pues bien, las propuestas de re-equilibrio de esa jurisprudencia devaluada y anticrisis pasan, como premisa, por superar la cierta "exageración comunitarista" que lleva a concebir una especie de obligación la cita de los parámetros sociales de la UE (aunque sean más o menos relevantes en función de cada caso) antes de eventualmente referirse a otros estándares sociales internacionales<sup>30</sup>. De hecho, repárese en que el artículo 93 CE es entendido de manera sesgada (como si fuera la base habilitante exclusiva de recepción del Derecho de la UE<sup>31</sup>) y está redactado de manera defectuosa (cuando en el segundo inciso establece que "corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión", omitiendo la referencia a los poderes territoriales y al otro poder clásico, el judicial).

Por supuesto, semejantes sesgo y defecto no constituyen obstáculo para que el cumplimiento de los tratados y normas de la UE<sup>32</sup> (u otros que tengan como base de incorporación el artículo 93 CE), al igual que los incorporados al ordenamiento interno

---

nunca lo establece, como ustedes ponen falsamente en su iniciativa y recogen también en el *petitum* de esta proposición de ley. No se puede ni manipular ni faltar a la verdad, señorías".

<sup>28</sup> Cuestión de inconstitucionalidad nº 693-2014, promovida por la Sala de lo Social TSJ del País Vasco.

<sup>29</sup> Véase el antecedente 6º de la STC 140/2015.

<sup>30</sup> Como ilustración léase la Sentencia del TJUE de 5 de febrero de 2015, *Nisttahuz Poclava* (asunto C-117/14), en la que la Corte de Luxemburgo se declara incompetente para responder a las cuestiones planteadas con carácter prejudicial por el Juzgado de lo Social nº 23 de Madrid, particularmente que el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores infringiría el Derecho de la UE (entre ellos, el artículo 30 CDFUE) en conexión con la Carta Social Europea de 1961.

<sup>31</sup> Por ejemplo, cf. Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. En su exposición de motivos puede leerse: "La presente Ley Orgánica viene a autorizar la prestación del consentimiento del Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Constitución, a los efectos de ratificar el Estatuto".

<sup>32</sup> Véase artículo 5 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

por la vía del artículo 94 CE, se encuentren sometidos a análogo mandato constitucional aplicativo (artículo 96 CE) e interpretativo (artículo 10.2 CE), así como a parecida obligación internacional de observación, aplicación e interpretación guiada por el efecto útil y la buena fe (artículos 26 y 27 del Convenio de Viena de 1969).

Verdaderamente, llegados a este punto, el proceder del TC resulta de lo más preocupante al no atender el canon europeo y, por tanto, establecer una especie de brecha entre éste y el canon constitucional<sup>33</sup>, máxime cuando la misma Jurisdicción Constitucional ha llegado a acudir como parámetro interpretativo u orientador, no ya sólo a disposiciones internacionales vinculantes (como Convenios de la OIT), sino incluso a normas internacionales programáticas (como Declaraciones –por ejemplo, STC 41/2002, de 25 de febrero– o Recomendaciones de la OIT –verbigracia, ya la STC 38/1981/de 23 de noviembre)<sup>34</sup>.

Lo cierto es que el debate generado en torno a las SSTC 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, pese a haber tratado –ambas– aspectos directamente abordados por el CEDS, no parece haber paliado el déficit de apertura internacional en el seno de la Jurisdicción Constitucional española<sup>35</sup>, como tampoco en el ámbito del Tribunal Supremo y de la mayoría de órganos de la Jurisdicción Ordinaria. Efectivamente, las más recientes SSTC 49/2015, de 5 de marzo, y 95/2015, de 14 de mayo, ponen de manifiesto ese enfoque deficitario.

Dicho déficit proyecta una brecha (entre parámetro europeo y parámetro constitucional) que no debería producirse, por la sencilla razón de que, como se indicaba, el canon europeo es también canon constitucional (impuesto por los artículos 10.2 y 93 a 96 de la Constitución) y, consecuentemente, canon que se impone a la propia Corte Constitucional. Lo curioso es que, incluso tras la STC 119/2014, de 16 de julio, se ha seguido aplicando el criterio convencional marcado por el CEDS en el ámbito de la jurisdicción ordinaria en primera instancia<sup>36</sup>, resaltando esas

---

<sup>33</sup> Un tono muy crítico respecto de ese pronunciamiento en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal: "Reforma laboral y 'Justicia Constitucional': el Tribunal Constitucional ni es 'infalible' ni ya tiene la 'última palabra'. Comentario a la STC 129/2014, de 16 de julio, RI 5603-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra contra la Ley 3/2012, de 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo", *RTSS-CEF*, nº 377-378, agosto-septiembre 2014, pp. 183-190.

<sup>34</sup> Esa paradoja, con los citados ejemplos, viene enfatizada en la monografía de ALFONSO MELLADO, Carlos: *Constitución, Tratados internacionales y Derecho del trabajo*, Madrid, Fundación 1º de Mayo, 2014, pp. 66-67.

<sup>35</sup> En estas dos últimas sentencias constitucionales se sustanciaron, respectivamente, un recurso de inconstitucionalidad (nº 1114-2013) y una cuestión de inconstitucionalidad (nº 7434-2013, planteada por la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco.) frente al artículo 2.1 del Real Decreto Ley 28/2012, de 30 de noviembre, de medidas de consolidación y garantía del Sistema de la Seguridad Social, mediante el que se dejaba sin efecto para el ejercicio 2012 la actualización de las pensiones prevista en la Ley de Clases Pasivas del Estado (Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril) y en Ley General de Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio). Los dos pronunciamientos constitucionales son desestimatorios.

<sup>36</sup> Claramente favorable a ese enfoque del control de convencionalidad, JIMENA QUESADA, Luis: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. En sentido diverso, contrario al control "difuso" de convencionalidad, CANOSA USERA, Raúl: *El control de convencionalidad*, Madrid, Civitas, 2015. Y, en lo que atañe al control de convencionalidad por referencia directa a la Carta Social Europea, resulta de gran interés la reciente contribución de SALCEDO BELTRÁN, Carmen: "La aplicabilidad directa de la Carta social Europea por los órganos judiciales", *Trabajo y Derecho*, nº 13, enero 2016, pp. 27-52: en dicho estudio señala la autora que "no debe haber ninguna duda de que la CSE tiene que ser objeto de aplicación por los órganos jurisdiccionales ordinarios, de forma prioritaria en caso de que proporcione una protección superior a la norma ordinaria, con independencia de su examen por el TC". (...) y de la misma manera se ha de entender a la inversa, es decir, si la norma interna otorga una protección frente a la internacional, debe ceder ante la existencia del compromiso adquirido por el Estado".



disposiciones constitucionales y el valor de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados<sup>37</sup>, una internacionalización de nuestro ordenamiento constitucional que ha venido consolidada y reforzada por la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Tras lo expuesto, en definitiva, no se trata de desmerecer la noción de justiciabilidad de los derechos sociales y laborales pero sí: de un lado, relativizarla en clave de efectividad por referencia a las que *formalmente* ostentan la calificación de jurisdicciones europeas (TEDH y TJUE), tanto por su naturaleza de remedios subsidiarios como a la luz de las decisiones de la jurisdicción *materialmente* más especializada y específica en el ámbito de los derechos sociales y laborales (el CEDS); y, de otro lado, reconducirla prioritariamente a la protección brindada por las jurisdicciones domésticas (especialmente, pero no sólo, del orden social), a quienes compete la salvaguardia *prima facie* de los derechos fundamentales y están en condiciones de optimizar la aplicación interna del "derecho internacional del trabajo [que] se inserta en un mapa multinivel normativo" en el que destacan los Convenios de la OIT<sup>38</sup>.

#### **IV. Reflexiones y propuestas finales: hacia la superación de una jurisprudencia nacional "anticrisis" desconocedora de los cánones jurisprudenciales europeos (en particular, del CEDS) de Derecho del Trabajo**

Por supuesto, la primera propuesta de compensación de la jurisprudencia devaluada y anticrisis (representada tanto por el Auto del TS de 4 de noviembre de 2015 y sentencias más o menos concordantes del propio Tribunal Supremo o de Tribunales Superiores de Justicia, como por la STC 119/2014 y análogas), apela a un cambio de criterio de dichos órganos jurisdiccionales para que asuman la jurisprudencia del CEDS<sup>39</sup>. En el análisis efectuado, se trataría, en particular, de asumir la reiterada Decisión de fondo de 23 de mayo de 2012 contra Grecia que, en cualquier caso, ha sido explícitamente aplicada por el propio CEDS frente a España en el marco del sistema de informes. Concretamente, en las conclusiones publicadas en enero de 2015, el CEDS declaró la violación del artículo 4.4 CSE por cuanto "el plazo de preaviso se excluye en el despido durante el período de prueba de los contratos de apoyo a emprendedores".

Lo interesante, como se apuntaba, es que el CEDS apoya explícitamente dicha conclusión en la decisión de 23 de mayo de 2012 (párrafos 26 y 28) de resolución de la Reclamación nº 65/2011 dictada contra Grecia, considerando entonces que "el

<sup>37</sup> Lo ilustra la Sentencia nº 352 de 5 de noviembre de 2014 del Juzgado de lo Social nº 3 de Barcelona (procedimiento de despido núm. 116/2014).

<sup>38</sup> Así lo ha subrayado LÓPEZ LÓPEZ, Julia: "La construcción de derechos sociales: judicialización y aplicación de los Convenios de la OIT", en LÓPEZ LÓPEZ, Julia, y otros (Coords.): *La aplicación de los convenios de la OIT por los jueces nacionales: el caso español desde una perspectiva comparada*, Albacete, Bomarzo, 2011, p. 15.

<sup>39</sup> En puridad, aunque la CSE y la jurisprudencia del CEDH ofrezcan un abono especialmente rico para el terreno en el que operan los órganos de la jurisdicción social, los demás órganos jurisdiccionales ordinarios (civil, penal, contencioso-administrativo, e incluso el especial militar) no resultan en absoluto ajenos al tratado y jurisprudencia europeos de referencia: *vid.* JIMENA QUESADA, Luis: "L'application de la Charte sociale européenne par les juridictions internes", en MOULY, Jean (Dir.): *Les droits sociaux constitutionnels et la charte sociale européenne*, Limoges, Université de Limoges, 2015, pp. 65-71.

artículo 4, párrafo 3, de la Ley 3/2012 no es conforme al artículo 4.4 de la Carta de 1961"; se comprueba así la retroalimentación entre el procedimiento de reclamaciones colectivas y el sistema de informes, pese a no haber aceptado España el primero.

En particular, en el plano judicial ordinario, algunos órganos jurisdiccionales españoles (Juzgados de lo Social como el de Mataró, cuya sentencia está en el origen del Auto del TS de 4 de noviembre de 2015) habían alcanzado esa solución "compensatoria" de las medidas de austeridad y anticrisis a través de un resuelto control de convencionalidad con apoyo explícito en esa Decisión de 23 de mayo de 2012 para, haciendo prevalecer el tratado (a la sazón, la CSE) sobre la citada legislación de reforma del mercado laboral de 2012, descartar la aplicación de esta última<sup>40</sup>.

En conexión con lo anterior, se propone (en el ámbito criticado por referencia a la Sala de lo Social del TS) una lectura más dinámica del artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a la luz de las fuentes sociales y laborales de producción internacional a través de un enfoque evolutivo y acorde con la realidad del sistema europeo de derechos humanos. Y ello, en una doble dirección: de un lado, no se justifica en modo alguno que la jurisprudencia del CEDS no pueda alegarse como doctrina de contradicción de conformidad con el apartado 2 de dicho artículo 219, como equivalente a las sentencias de "los órganos jurisdiccionales instituidos en los Tratados y Acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y libertades fundamentales ratificados por España". Y, por otro lado, el valor de esa jurisprudencia mencionada en el apartado 2 del artículo 219 (tanto la constitucional como la internacional –con mención expresa *in fine* a la del TJUE) es incontestable como parte integrante esencial del sistema de fuentes, siendo poco afortunado el inciso recogido en el apartado 3 del propio artículo 219 cuando alude a que el fallo del TS en caso de estimación del recurso para la unificación de doctrina "complementará el ordenamiento jurídico"; en otros términos, al integrar esa jurisprudencia constitucional e internacional en la propia sentencia del TS, carece de sentido atribuir a ésta un mero alcance "complementario", desde fuera, del ordenamiento jurídico, en la estela del ya superado contenido del artículo 1.6 del Código civil<sup>41</sup>.

Sea como fuere, más allá del persistente debate clásico en torno a si la jurisprudencia es o no fuente del Derecho, o si sólo sirve para complementar (en lugar de completar) el ordenamiento jurídico, es un hecho la consagración de la jurisprudencia como elemento integrante del sistema de fuentes y su carácter dinámico, tanto en el ámbito nacional como en el terreno internacional. Con respecto al

---

<sup>40</sup> Esa postura la inauguró la sentencia nº 412/2013, de 19 de noviembre de 2013, del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona (procedimiento nº 426/2013 en materia de despido). Avalando dicha postura con convincente argumentación, léase SALCEDO BELTRÁN, Carmen: "El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional", *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 62, pp. 93-122. Y, de la misma autora, el extenso capítulo III ("Reformas adoptadas frente a la crisis económica y Carta Social Europea") del libro de ALFONSO MELLADO, Carlos, JIMENA QUESADA, Luis, y SALCEDO BELTRÁN, Carmen: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Albacete, Bomarzo, 2014, pp. 97-238.

<sup>41</sup> Según dicho artículo 1.6: "La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho". Dicho precepto se leía en combinación con el apartado 1 del propio artículo 1 del Código civil, que lógicamente vino a recoger un elenco de fuentes de producción nacional "propio de la época", esto es: "Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho".

primer ámbito, baste traer a colación la introducción de los recursos de casación autonómicos mediante la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículos 99 y 101, relativos a la casación autonómica para unificación de doctrina y en interés de ley respectivamente), habiéndose subrayado que "por primera vez se establece en consecuencia el carácter vinculante de la jurisprudencia para los órganos inferiores"<sup>42</sup>.

En lo que atañe al campo internacional, son constatables la evolución, el dinamismo y la consolidación de la jurisprudencia del CEDS<sup>43</sup>, en el decurso de una tendencia similar a la conocida por la jurisprudencia del TEDH, cuya asunción se ha visto aquejada durante muchos años de fuertes reticencias o recelos por parte de las instancias jurisdiccionales supremas españolas (TC y TS), con la coartada de un Legislador que ha mostrado una ostensible resistencia al establecimiento de un procedimiento de ejecución de sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Ante dicha situación omisiva, curiosamente el TS se ha adelantado al Legislador en fechas recientes, a través de una loable y novedosa iniciativa: se trata del Acuerdo del Pleno de la Sala Penal del TS de 21 de octubre de 2014, en el que se determinó: "*En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los tribunales españoles, el recurso de revisión de artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cumple este cometido*"<sup>44</sup>.

No estaría de más que la Sala de lo Social del TS tomara buena nota de ese ejercicio de voluntad jurisdiccional positiva manifestado por la Sala de lo Penal de

---

<sup>42</sup> DÍAZ DELGADO, José: "La vinculación del juez contencioso-administrativo a la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia. Independencia judicial 'versus' seguridad jurídica", Prólogo al libro de JIMENA QUESADA, Luis: *El principio de unidad del Poder Judicial y sus peculiaridades autonómicas*, Madrid, CEPC, 2000, p. 26. Esta afirmación la realiza el citado autor con relación al artículo 101 LJCA, que establece un recurso de casación en interés de Ley ante los TTSSJ de cada Comunidad Autónoma con el objeto de enjuiciar a través del mismo la correcta interpretación y aplicación de las normas emanadas de la Comunidad Autónoma, que hayan sido determinantes del fallo recurrido, con la consecuencia de que se otorga a los TTSSJ la competencia para dictar recursos de casación, y además la sentencia que se dicte fijará la doctrina legal, puesto que los efectos de la sentencia que recaiga son los mismos que en el caso del recurso de casación en interés de ley ante el Tribunal Supremo, y en consecuencia igualmente el carácter vinculante de la resolución para los jueces inferiores".

<sup>43</sup> Con precisa alusión a la jurisprudencia del CEDS en el ámbito que nos ocupa, ha expuesto clara y acertadamente SALCEDO BELTRÁN, Carmen: "Carta Social Europea y jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales: aplicación directa por los órganos judiciales", *Relaciones Laborales (Revista del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Valencia)*, nº 104, 2015, p. 13: "Otro de los problemas que se ha presentado, gira en torno a si son vinculantes esas interpretaciones, y, en menor medida, si se pueden denominar jurisprudencia. En los dos sentidos se han publicado sentencias, optando un sector de forma clara por la obligación de tener que observarlos, entre otros, la SJS nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013 (nº 412/2013), la SJS nº 1 de Tarragona de 2 de abril de 2014 (nº 179/2014), la SJS nº 3 de Barcelona de 5 de noviembre de 2014 (nº 352/2014), la SJS nº 19 de Barcelona de 17 de noviembre de 2014 (nº 491/2014), la SJS nº 1 de Toledo de 27 de noviembre de 2014 (nº 667/2014) o recientemente la SJS nº 31 de Barcelona de 8 de junio de 2015, que afirma de forma contundente que puede utilizarse ese término, mientras que otros han mostrado su oposición a observarlos, relativizando su valor, como la SJS nº 9 de Madrid de 28 de marzo de 2014 (nº 154/2014) o la STSJ de Cataluña de 2 de diciembre de 2014 (Rec. 5253/2014), que justamente revocó la SJS nº 1 de Mataró de 29 de abril de 2014 (nº 144/2014), que así lo estimó. A mi modo de ver, el debate sobre esta caracterización debería estar superado actualmente puesto que 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".

<sup>44</sup> Véase, en concordancia, la reciente versión del artículo 954 (vigente desde el 6 de diciembre de 2015), en la redacción dada por el apartado quince del artículo único de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

propio TS, con objeto de evitar resoluciones como el criticado Auto de 4 de noviembre de 2015 (recurso nº 926/2015). Se trataría, si no de adoptar *mutatis mutandis* un Acuerdo *ad hoc* por parte del Pleno de la Sala de lo Social del TS clarificador del alcance del artículo 219.2 de la Ley de la Jurisdicción Social mediante el que se dijera explícitamente que las resoluciones del CEDS son idóneas como elementos de contraste o contradicción (mejor aún sería, sin duda, que el Legislador procediera al ajuste de dicho precepto), sí de un cambio en su enfoque consistente en aprehender correctamente esa fuente social o laboral de producción internacional que es la jurisprudencia del CEDS (con el valor añadido de irradiar y proyectar ese enfoque a los demás órganos ordinarios del orden jurisdiccional social).

A dichas propuestas cabría añadir que el desconocimiento de la jurisprudencia del CEDS comporta dar la espalda al dinamismo de las nociones clásicas y a los principios de Derecho del Trabajo, así como no recapacitar para sacar partido a la técnica jurídica como instrumento adaptado a la realidad y, en última instancia, tendente a procurar la justicia (social). A tal efecto, no resulta nada desdeñable discernir entre una justiciabilidad formal y una efectividad material.

Si nos obcecamos con la idea de justiciabilidad de los derechos sociales y laborales, nos podemos ver abocados a perder de vista cauces idóneos e imperativos para hacer valer su efectividad. Así, a través de la experiencia del CEDS cabe apreciar ejemplos de efectividad de sus resoluciones, bastando para ello con acudir a las "fichas de países" ("*Country factsheets*" o "*Fiches pays*") en la web oficial de la Carta Social Europea ([www.coe.int/socialcharter](http://www.coe.int/socialcharter)), en las que se da cuenta de los progresos llevados a cabo en el ámbito nacional (mejora de normas y de prácticas) en ejecución de dichas resoluciones desde la ratificación del tratado europeo por cada Parte Contratante.

Correlativamente, es posible suministrar una ilustración paradójica de "justiciabilidad sin efectividad" (o de efectividad excesivamente demorada, reflejando tristemente la idea de que la justicia, si es lenta, no es justicia) a través de sentencias del TEDH de improbable o incierto cumplimiento<sup>45</sup>, o simplemente de ejecución que se ha prolongado más de una década<sup>46</sup>. Desde este punto de vista, sin configurar ciertamente la panacea de la protección europea de los derechos sociales y laborales, resulta interesante ilustrar la justiciabilidad y efectividad de las decisiones del CEDS adoptadas en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas por referencia a los distintos niveles internos del poder público (judicial, ejecutivo y legislativo):

- Un ejemplo de cómo a la modificación normativa puede anticiparse una ejecución vía judicial, a través del ejercicio del control de convencionalidad por las jurisdicciones internas, puede verse en la Reclamación nº 14/2003 (*caso Federación internacional de ligas de derechos humanos c. Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004), que no sólo fue ejecutada por las autoridades francesas<sup>47</sup>, sino

---

<sup>45</sup> Acúdase al Informe anual del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la supervisión de la ejecución de las sentencias del TEDH.

<sup>46</sup> Véase, por ejemplo, STEDH *Marckx c. Bélgica* de 13 de junio de 1979 sobre discriminación de hijos extramatrimoniales en materia de derechos sucesorios y la tardanza del legislador belga en modificar el código civil para paliar dicha desigualdad, lo cual dio lugar a un nuevo pronunciamiento de la propia Corte de Estrasburgo (STEDH *Vermeire c. Bélgica* de 29 de noviembre de 1991).

<sup>47</sup> Véase la Resolución ResChS (2005) 6 adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 4 de mayo de 2005 con motivo de la 925ª reunión de los Delegados de los Ministros, en la que se "toma nota de la Circular [del Gobierno francés] DHOS/DSS/DGAS nº 141 de 16 de marzo de 2005

llevada a la práctica por el máximo escalón de la jurisdicción administrativa francesa (el Consejo de Estado, mediante su Decisión de 7 de junio de 2006, *Association Aides et autres*) al descartar la aplicación de la legislación francesa controvertida asumiendo la solución alcanzada en la Reclamación nº 14/2003<sup>48</sup>.

- Una modalidad de ejecución por vía ejecutiva la ofrece la retirada de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el art. 11 de la Carta: Reclamación nº 45/2007 (*Interights c. Croacia*, decisión de fondo de 30 de marzo de 2009)<sup>49</sup>.

- Y una ilustración sobre cumplimiento por vía legislativa, y dentro de un razonable plazo, puede comprobarse con motivo de la Reclamación nº 48/2008 (*Centro Europeo de Derechos de las Personas de Etnia Gitana c. Bulgaria*, decisión de fondo de 18 de febrero de 2009), tras la cual el Gobierno búlgaro informó al Comité de Ministros del Consejo de Europa que el Parlamento nacional había procedido a modificar la Ley de Asistencia Social en fecha 10 de febrero de 2010 (Gaceta Oficial nº 15 de 23 de febrero de 2010) para suprimir la limitación temporal en el disfrute de las prestaciones de subsidio de desempleo y conformarse así al derecho a la asistencia social, entendida como recursos mínimos garantizados, reconocido en el artículo 13 CSE<sup>50</sup>.

En este escenario, casi siempre hablamos del binomio libertad-seguridad (política) y de la tensión entre ambos términos, pese a lo cual los instrumentos europeos de derechos cívico-políticos (o derechos de libertad), señaladamente el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, son utilizados con normalidad al analizar el alcance de los conflictos generados por las medidas compensatorias (eventuales restricciones a dichos derechos) del déficit de seguridad (política). Si se me permite el símil, parece que el TS y el TC no hayan estado a la altura a la hora de ponderar los dos elementos del binomio igualdad-orden (económico) y la tensión entre ambos, puesto que rehúsan utilizar el instrumento europeo de derechos socio-económicos (o derechos de igualdad) por excelencia, concretamente la CSE (y la jurisprudencia del CEDS), como vector de ponderación de los recortes compensatorios del desequilibrio del orden (económico).

En definitiva, debemos poner empeño en dotar de plenitud a los principios del Derecho del Trabajo y sus principales retos, sin desmerecer ni desconocer el eventual impacto práctico de la jurisprudencia del CEDS.

---

relativa a la asunción de la atención urgente ofrecida a los extranjeros residiendo en Francia de manera irregular y no beneficiarios de la ayuda médica de Estado".

<sup>48</sup> Véanse también las decisiones de fondo de 20 de octubre de 2009 (reclamación nº 47/2008, *DCI c. Países Bajos*) y de 23 de octubre de 2012 (reclamación nº 69/2011, *DCI c. Bélgica*).

<sup>49</sup> Véase *Resolución CM/ResChS(2009)7* adoptada el 21 de octubre de 2009 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en la que se da cuenta de la actitud positiva de las autoridades croatas de retirar el material pedagógico controvertido del listado de manuales.

<sup>50</sup> Véase Anexo a la *Resolución del Comité de Ministros CM/ResChS(2010) 2 de 31 de marzo de 2010*.