

FUNDACIÓN 1 DE MAYO

Estudios

82 · FEBRERO 2014



**INCUMPLIMIENTOS
POR ESPAÑA DE
LA CARTA SOCIAL
EUROPEA**

**CONCLUSIONES
XX-2 (2013)
DEL COMITÉ
EUROPEO
DE DERECHOS
SOCIALES**

WWW.1MAYO.CCOO.ES

**INCUMPLIMIENTOS POR ESPAÑA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA:
CONCLUSIONES XX-2 (2013) DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES**

FUNDACIÓN 1º DE MAYO
C/ Longares, 6. 28022 Madrid
Tel.: 91 364 06 01
1mayo@1mayo.ccoo.es
www.1mayo.ccoo.es

COLECCIÓN ESTUDIOS, NÚM: 82
ISSN: 1989-4732

© Madrid, Febrero 2014

INCUMPLIMIENTOS POR ESPAÑA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

CONCLUSIONES XX-2 (2013) DEL COMITÉ EUROPEO
DE DERECHOS SOCIALES

M^a CARMEN SALCEDO BELTRÁN

PROFESORA TITULAR DE UNIVERSIDAD DEPARTAMENTO DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE VALENCIA.

MEMBRE DE LA RÉSEAU ACADÉMIQUE SUR LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE
ET LES DROITS SOCIAUX.

Principales abreviaturas utilizadas: CE (Constitución Española), CEDH (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), CEDS (Comité Europeo de Derechos Sociales), CSE (Carta Social Europea originaria, para la versión revisada se utilizarán las mismas incluyendo en concreto esa referencia), RDL 16/2012 (Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones), UE (Unión Europea).

INCUMPLIMIENTOS POR ESPAÑA DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

CONCLUSIONES XX-2 (2013) DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

M^a Carmen Salcedo Beltrán¹

1. INTRODUCCIÓN.
2. LA APLICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN ESPAÑA Y SU MECANISMO DE CONTROL.
 - 2.1. La Carta Social Europea de 1961 y el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.
 - 2.2. El procedimiento de Informes.
3. CONCLUSIONES XX-2 (2013) DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES.
 - 3.1. Observaciones interpretativas generales.
 - 3.2. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular. 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.
 - 3.3. Conclusiones de no conformidad a la Carta Social Europea y al Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.
 - 3.3.1. Vulneración del derecho a la Seguridad Social.
 - 3.3.2. Vulneración del derecho a la asistencia social y médica.
 - 3.3.3. Vulneración del derecho a los beneficios de los servicios sociales.
 - 3.3.4. Vulneración del derecho a la protección social de las personas ancianas.
4. VINCULACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

1. INTRODUCCIÓN.

El Comité Europeo de Derechos Sociales publicó el 29 de enero de 2014 las Conclusiones correspondientes al año 2013 derivadas del control que realiza a los Estados que han ratificado la Carta Social Europea, originaria o revisada, mediante el procedimiento de Informes.

Se trata de un mecanismo desconocido, al igual que la norma que lo origina y regula, obviando que la interpretación efectuada es jurisprudencia susceptible de ser invocada directamente en los órganos jurisdiccionales como consecuencia de la suscripción por los países de los Tratados internacionales, formando parte del ordenamiento jurídico interno (art. 96.1 de la CE).

El presente trabajo se dedica al estudio de las Conclusiones que se acaban de dictar en relación a España, avanzando que su relevancia radica en todos y cada uno de los incumplimientos manifestados, pese a que el que más repercusión mediática ha tenido ha sido la no conformidad a la Carta Social Europea del 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*, en cuanto a la exclusión de los extranjeros en situación irregular de la asistencia sanitaria, que se analizará de forma separada por la peculiaridad que presenta su emisión².

Lamentablemente, estos últimos días se ha podido comprobar la confusión que existe en cuanto a la Carta Social Europea, la naturaleza jurídica de su organismo de control o la eficacia de las Conclusiones o Decisiones de Fondo que dicta, uniendo a ello las declaraciones y actuaciones de los responsables gubernamentales que no se dirigen a adecuar la normativa o práctica nacional que se ha calificado como contraria a un Tratado internacional.

Por ello, con carácter previo al estudio de las Conclusiones, procedo, en primer lugar, a explicar la normativa en la que se han fundamentado los incumplimientos; en segundo lugar, a la delimitación del Comité Europeo de Derechos Sociales, sus principales características y funcionamiento, para proceder, en tercer lugar, al análisis que ha realizado este organismo del Informe nº 25 presentado por España, deteniéndome en las normas o preceptos respecto de los que se ha dictaminado que en estos momentos vulneran la Carta Social Europea. Teniendo esos elementos analizados, finalizaré describiendo los mecanismos de actuación ante los órganos jurisdiccionales de las personas, instituciones públicas o Comunidades Autónomas que tienen sus derechos o competencias restringidas, anuladas o impugnadas, en aplicación del control de convencionalidad y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

2. LA APLICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA EN ESPAÑA Y SU MECANISMO DE CONTROL.

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

La Carta Social Europea es el Tratado más importante en cuanto a la protección de los derechos humanos sociales, como así ha puesto de manifiesto la doctrina científica al definirlo como el “(...) *instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales* (...)”³, el “(...) *instrumento más emblemático del Derecho europeo de los sociales o, si se prefiere, Derecho social de los Derechos humanos*”⁴ o el “(...) *instrumento jurídico que colabora de manera decisiva a la cre-*

*ación 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*⁵.

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.

Esta situación convierte su estudio en imprescindible, necesidad que se ha incrementado con la reciente jurisprudencia que ha emitido el CEDS, en la que resuelve, entre otros aspectos, que gran parte de las modificaciones legislativas que están adoptando algunos países comunitarios, originadas en los condicionantes que se les imponen como contraprestación a la ayuda financiera, vulneran derechos individuales y colectivos.

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, acordado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Esa aprobación separada, así como el establecimiento de un procedimiento de control de su cumplimiento diferente, al que luego haré referencia⁶, 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*”⁷, puesto que, si bien su adopción evidencia un progreso social, concretado, en el reconocimiento y mejora de los derechos sociales, lógicamente la CSE es “(...) *f fuente de gastos adicionales que (...) han de soportar el Estado o los empresarios [traduciéndose] esa carga financiera (...) irremediamente 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 (...)*”⁸.

En cualquier caso, los dos textos son complementarios⁹, no siendo posible, como ha señalado la doctrina, establecer una separación absoluta entre, por un parte, los derechos del primer texto, y, por otra parte, los del segundo, ya que están relacionados. De hecho, el CEDH 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. 5 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 referenciados¹⁰.

En la actualidad ese temor se ha de tener por superado dado que un total de 43 países han ratificado la CSE, originaria y/o revisada, entre los que se incluyen los 28 de la 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 Europa 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 ratificado¹¹, dejando patente la posición secundaria que tiene dentro del 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 Fundamentales¹².

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 análisis 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, proveniencia nacional u origen social en los países que forman parte del Consejo de Europa¹³.

Establece como compromisos de las Partes contratantes, a considerarse vinculadas por una serie de derechos y obligaciones, 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), la promoción de 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 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).

La Parte III hace referencia a las obligaciones de los Estados en relación con la CSE, explicando el peculiar sistema de ratificación 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.

La Parte V, que contiene los 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 (art. 32), que trataré al final de este estudio, la aplicación de la CSE por los convenios colectivos (art. 33), el ámbito territorial de la misma (art. 34), la presentación de enmiendas (art. 36) o su denuncia (art. 37). Respecto de esta última se ha de destacar la posibilidad de realizarla total o parcialmente, de un artículo o párrafo, siempre que observe unos requisitos temporales y quede obligada por un número mínimo de artículos o párrafos¹⁴.

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 de la Carta Social Europea es singular, ya que es posible que no todos los Estados estén obligados por los mismos preceptos, pues se comprometen, según la redacción del art. 20.1 a) y b) de la CSE, “(...) 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 cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta (...)”, es decir, los Estados han de optar por ratificar, en primer lugar, al menos, cinco artículos del núcleo duro de la CSE¹⁵, 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).

En segundo y último lugar, 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 ratificación se ha señalado que, si bien es flexible, se realizó con la finalidad de conseguir el mayor número de aceptaciones estableciendo un “(...) *alineamiento flexible y progresivo de todos los Estados sobre un mínimo de protección social* (...)”¹⁶ que presenta inconvenientes puesto que los Estados pueden caer “(...) *en la tentación (...) de aceptar sólo aquellos artículos que no les comprometen a demasiados esfuerzos* (...)”¹⁷.

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 los garantías y derechos reconocidos y las interpretaciones que realice el CEDS, que ha de calificarse como jurisprudencia¹⁸.

Posteriormente fue modificada con la aprobación de tres Protocolos, 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). Se ha de señalar que, 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*”.

El segundo es de 21 de octubre de 1991 (Protocolo de Enmienda), que modifica algunos artículos de la CSE con la finalidad de mejorar “(...) *la eficacia de la Carta y, en particular, el funcionamiento de su mecanismo de control*”¹⁹. 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^o 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 aplicació-*

nefectiva de los derechos sociales garantizados por la Carta”, reforzando “(...) la participación de los empresarios y trabajadores, así como de las organizaciones no gubernamentales”.

España no ha firmado ni ratificado este Protocolo.

La necesidad de ordenar el panorama que se ha descrito del Tratado internacional y tres Protocolos posteriores hizo que se aprobara el 3 de mayo de 1996 la Carta Social Europea revisada. Su estructura es similar a la de la CSE originaria, teniendo la Parte I treinta y un puntos de carácter programático, la Parte II consta de los correspondientes treinta y un artículos vinculantes, que son los diecinueve 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 añadiendo nuevos derechos (arts. 24 a 31), que son, en concreto, 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).

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 Estados 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” (Artículo 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 Carta Social Europea, 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 Carta Social Europea revisada (del total de 43, 10 lo han hecho de la originaria), y el Protocolo de Reclamaciones colectivas sólo se puede utilizar en 15 países. Además, incluso es posible no tener ratificada la Carta Social Europea revisada, sino la originaria, y poder utilizar el procedimiento de reclamaciones colectivas, como es el caso concreto de tres países (Croacia, República Checa y Grecia).

En mi opinión 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, pues tiene carácter generalizado y está considerado como un derecho, existiendo un compromiso en el mismo precepto por parte de los Estados “(...) a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho”.

Como la redacción de la CSE originaria es ampliada por la CSE revisada, los Estados se obligan al ra-

tificarla “(...) 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).

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 nº 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 CEDS²⁰. Resulta absurdo en este sentido, que la UE se haya adherido al Convenio Europeo de Derechos Humanos 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 otros²¹.

En resumen, España se encuentra vinculada actualmente por la CSE originaria, por el Protocolo Adicional de 1988 y el Protocolo de Enmienda de 1991, no estando vinculada respecto del Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995 y por la CSE revisada de 1996.

Numerosas han sido las críticas a esa falta de ratificación²², puesto 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 desde 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)²³. Resulta sorprendente que la suscripción de la CSE de 1961 se realizara cinco meses después de su adhesión al Consejo de Europa, aspecto que se ponía en evidencia para mostrar 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 jurisdiccionales nacionales en la reivindicación de derechos y competencias, como luego se razonará de forma más detenida²⁴.

2.2. El procedimiento de Informes.

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.

Centrándome en el primero, por coherencia con el estudio que se realiza y por ser el único que puede ser utilizado en España, se instauró junto con la aprobación de la CSE, de forma obligatoria a todos los Estados que la han ratificado. Se encuentra regulado en la Parte IV de la CSE (arts. 25 a 29), y 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 Ministros²⁵, 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 práctica²⁶. El contenido no versa sobre la totalidad de la CSE sino sobre 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. Se exige que el contenido del Informe sea “completo”, interpretándose en el sentido de que la utilización de expresiones como “*que no se ha producido ningún cambio*”, “*que la situación no ha cambiado*” o similares son admisibles en algunos supuestos pero no con carácter general, puesto que el Formulario establecido para la presentación de informes exige que se aporte información sobre medidas y hechos concretos con el objetivo de probar la aplicación de la CSE en la práctica, advirtiendo que, de no realizarlo en este sentido, se formulará una conclusión de no conformidad (Conclusions 2010 Introduction Generale).

Los Estados están obligados a enviar a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ámbito nacional copia de estos informes, pudiendo estas, a su vez, presentar observaciones a los mismos (art. 23), calificándose de muy importantes pues suministran información adicional que puede no haber proporcionado 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.

A continuación, 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).

Con todo ello, “(...) 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)²⁷.

Por último, interviene el Comité de Ministros, órgano decisorio del Consejo de Europa. Está 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)²⁸. Esta intervención del Comité de Ministros, calificada de “*seguimiento político*”, 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”²⁹.

El procedimiento ha sido con frecuencia cuestionado por diversos motivos, la posibilidad de que no valoren de la misma forma todos los órganos que intervienen, 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 internos, con Conclusiones tardías del CEDS”³⁰, o la escasa eficacia ante “(...) ausencia de una respuesta positiva del Estado a los requerimientos insertos en las recomendaciones del Comité de Ministros (...)”³¹.

Consciente el CEDS de estas deficiencias ha propuesto al Comité de Ministros como soluciones, por un lado, reformar el sistema de informes volviendo volver a la periodicidad bianual pero de todos los preceptos de la CSE³² o, por otro lado, la aplicación general del Procedimiento de reclamaciones colectivas, más rápido y eficaz, siendo muestra de ello la relevancia que han tenido gran parte de las Decisiones de fondo que hasta el momento se han pronunciado, en concreto 85 de las 103 presentadas. Actualmente no hay indicios que muestren que vayan a ser acogidas.

3. CONCLUSIONES XX-2 (2013) DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES.

A finales de 2013 el Comité Europeo de Derechos Sociales ha elaborado las Conclusiones correspondientes al Informe nº 25 presentado por España, con referencia al período comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 31 de diciembre de 2011, en el que se analiza la conformidad a la CSE de la normativa y práctica nacionales respecto al Grupo temático 2 relativo a la salud, seguridad social y protección social, que incluye los arts. 3 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo), 11 (derecho

a la protección de la salud), 12 (derecho a la Seguridad Social), 13 (derecho a la asistencia social y médica) y 14 (derecho a los beneficios de los servicios sociales) de la CSE y 4 del Protocolo Adicional de 1998 (derecho a la protección social de las personas ancianas)³³.

El CEDS dicta un total de 17 conclusiones, 9 de conformidad, 6 de no conformidad y 2 en las que solicita información complementaria para poder realizar la valoración correctamente³⁴, que debe ser facilitada 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 en la valoración se produce exactamente en la primera de ellas, en la que se requiere que facilite 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-, de 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, mientras que en la segunda, se tiene la información para emitir la Conclusión, no completándose por una cuestión formal, que será analizada en otro apartado³⁵.

3.1. Observaciones interpretativas generales.

Las Conclusiones están normalmente precedidas de una Introducción general que incorpora las denominadas Observaciones interpretativas. A mi modo de ver, son muy significativas pues concretan el ámbito de aplicación objetivo y personal de los preceptos que, en ocasiones, tienen una redacción muy amplia, y clarifican la jurisprudencia emitida en cuestiones que han planteado divergencias en su materialización.

Se realizan un total de cuatro, específicamente respecto a los arts. 3 y 13 de la CSE, 4 del Protocolo de 1988 (equivalente al art. 23 de la CSE revisada) y una general en relación a la protección de los apátridas, considerado un colectivo vulnerable que debe ser objeto de protección, que pretende intensificarse en el año 2014 al cumplirse el sesenta aniversario de la adopción por Naciones Unidas de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas el 28 de septiembre de 1954³⁶.

En primer lugar, con referencia a las realizadas al art. 3 de la CSE, que comprende el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, comprometiéndose las partes contratantes “*a promulgar reglamentos de seguridad e higiene, (...) a tomar las medidas precisas para controlar la aplicación de tales reglamentos[y] (...) a consultar, cuando proceda, a las organizaciones de empleadores y trabajadores sobre las medidas encaminadas a mejorar la seguridad e higiene en el trabajo*”, se han centrado fundamentalmente en dos aspectos.

Por un lado, en la obligación que tienen los Estados de considerar el incremento y la aparición de nuevos riesgos psicosociales derivados del aumento de la competencia en el mercado, la libre circulación de personas, las nuevas tecnologías, las tensiones derivadas de los cambios en la organización productiva, el aumento de los ritmos en las cadenas de producción, el trabajo por cuenta propia con los riesgos que se asumen o la externalización de la actividad en las pequeñas y medianas empresas, responsabilizándose de la adopción de medidas preventivas dado que todos esos factores son el origen de la aparición en el ámbito laboral de estrés, agresiones, violencia y acoso repercutiendo en el desarrollo de la prestación laboral, el número de casos de enfermedades y accidentes, los niveles de absentismo y la rotación de personal.

A ello añade como argumento, corroborando lo anterior, que estos riesgos se han convertido en uno de los principales causantes de enfermedades e incapacidades laborales a nivel mundial, sin distinción de edad, sexo o clase social, afectando por igual a los países que tienen rentas altas o bajas.

Ante esta realidad, el CEDS a la hora de examinar la conformidad de la normativa y práctica de los Estados, recuerda que en la Introducción general a las Conclusiones XIV-2³⁷ estableció que el cumplimiento del apartado primero del art. 3 de la CSE exige adoptar medidas con referencia a la mayoría de riesgos que se han apuntado en el párrafo anterior, por lo que verificará que están dentro de la normativa en materia de seguridad y salud y examinará con atención las medidas que adopten los poderes públicos con la finalidad de proteger a los trabajadores contra esos riesgos, no sólo de las relaciones laborales típicas sino también las atípicas, comprobando si estas últimas se incluyen en el ámbito de aplicación personal.

Y, por otro lado, en cuanto al apartado segundo del art. 3, que demanda la adopción de medidas de control del cumplimiento de la normativa en materia de salud y seguridad en el trabajo, interpretado conforme al art. A.4, Parte III, de la CSE revisada que determina que *“cada Parte dispondrá de un sistema de inspección del trabajo adecuado a las condiciones nacionales”*, el CEDS interpreta que la aplicación de este precepto incluye el examen de las medidas que los poderes públicos adopten *“(…) para hacer frente a las exigencias cada vez más complejas y multidimensionales en relación con las competencias, recursos y capacidades institucionales de los sistemas de inspección de trabajo”* y las que pongan en marcha con la finalidad de orientar las tareas de la inspección de trabajo en relación con las pequeñas y medianas empresas, añadiendo que la actuación de este organismo se debe desarrollar en todos los sectores en los que se realice una actividad, con independencia de su carácter público o privado.

En segundo lugar, respecto a la interpretación del art. 13 de la CSE, que establece el derecho a la asistencia social y médica, la Observación se centra en aclarar los sujetos que se pueden beneficiar de la protección teniendo en cuenta que el último apartado señala que las obligaciones que se establecen en los párrafos 1, 2 y 3³⁸ se aplican *“(…) en condiciones de igualdad con sus nacionales, a los de las restantes partes contratantes que se encuentren legalmente en su territorio, conforme a las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica, firmado en París el 11 de diciembre de 1953”*.

En este sentido, el CEDS indica que la regla general del apartado primero del Anexo a la Carta Social Europea, en cuanto a que *“(…) las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo ciudadanos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada”* se ha de interpretar teniendo en cuenta la importante salvedad que incluye ese mismo apartado en su inicio, que literalmente dispone *“sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 12 párrafo 4, y en el artículo 13 párrafo 4 (…)”*.

Con ello, la redacción del apartado 4 de art. 13, combinada con la cláusula del párrafo primero del Anexo de la CSE, significa que la obligación de prestar asistencia social y médica de los apartados 1 a 3 del mismo precepto se debe extender a los ciudadanos de otras Partes que se encuentren legalmente en el territorio, estando vinculados los Estados que hayan ratificado el apartado primero y cuarto del art. 13, debiendo ofrecer esa asistencia a cualquier persona que se encuentre en situación de necesidad, en los mismos términos que a los nacionales, los ciudadanos de otras Partes que residan legalmente o trabajen regularmente en su territorio o se encuentren legalmente en el territorio en virtud de otro título (por ejemplo, estancias temporales), señalando que cualquier restricción que pretendan establecer respecto de estos últimos deberá ser conforme con el art. 31 de la CSE o al art. G de la versión revisada³⁹.

No pueden ser sujetos de protección, con fundamento en el apartado 4 del art. 13, los extranjeros en situación irregular, puesto que no puede considerarse que están legalmente en un territorio, no entrando en su ámbito de aplicación. Por el contrario, con carácter excepcional, sí que están protegidos por el apartado primero del art. 13, dado que el CEDS recuerda la importante jurisprudencia que

había emitido en este sentido con anterioridad que fundamentalmente resaltó los aspectos siguientes (Decisión de fondo de 8 de septiembre de 2004 (Reclamación nº 14/2003), Decisión de fondo de 20 de octubre de 2009 (Reclamación nº 47/2008), y Decisión de Fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº 69/2011)):

1º. Cuando el CEDS “(...) *se ve llamado a interpretar la Carta, lo hace según las técnicas de interpretación consagradas en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados*”. Según el artículo 31.1 de dicha Convención un Tratado se debe interpretar “(...) *de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

2º. La CSE fue elaborada como “(...) *un instrumento de derechos humanos destinado a completar el Convenio Europeo de Derechos Humanos*”. En consecuencia “(...) *es un instrumento vivo, destinado a hacer realidad determinados valores que la inspiran: la dignidad, la autonomía, la igualdad y la solidaridad*” y los derechos que garantiza “(...) *no constituyen un fin en sí mismos, sino que completan los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos*”.

3º. Según la Declaración y Programa de Acción de Viena (Conferencia mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993), todos los derechos humanos son “*universales, indisolubles, interdependientes e íntimamente relacionados*(...)”, debiendo la comunidad internacional tratarlos “(...) *en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso*” (párrafo 5). Existe, por consiguiente, una “(...) *interacción compleja entre las dos categorías de derechos*”.

4º. La CSE “(...) *debe ser interpretada de manera que dé vida y sentido a los derechos sociales fundamentales*”. De ello se desprende, en particular, “(...) *que las restricciones que afecten a los derechos deben ser interpretadas estrictamente, es decir, entendidas de tal modo que quede intacta la esencia del derecho en cuestión y se permita alcanzar el objetivo general de la Carta*”.

La restricción que figura en el Anexo de la CSE “(...) *debe ser entendida en función del objetivo primordial de la Carta tal como ha sido definido*”, por lo que cuando afecte a un derecho básico y elemental para el individuo, como pueden serlo el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano, valores fundamentales del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos, será contraria a la CSE. Por ello, una legislación o práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, aun cuando estén en situación irregular, no es conforme puesto que ésta “(...) *constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana*”.

En resumen, el CEDS considera que la interpretación del art. 13.1 se ha de realizar en el sentido de que “*toda persona que no disponga de recursos suficientes debe poder obtener una asistencia apropiada y, en caso de enfermedad, los cuidados que necesite por su estado, siendo obligación de los Estados Parte velar porque estos migrantes extranjeros en situación irregular que estén en su territorio puedan beneficiar de una ayuda médica de urgencia así como de la asistencia social básica que precise para atender una necesidad inmediata (alojamiento, alimentación, asistencia sanitaria de urgencia y ropa)*”, procediendo a aplicar esta interpretación en los próximos informes que se realicen sobre este precepto en el 2017.

En tercer lugar, la Observación interpretativa que se realiza es del art. 4 del Protocolo Adicional de 1988, relativo a la protección social de las personas ancianas, que la concreta en las obligaciones de las Partes Contratantes de proporcionarles los medios para que sigan siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad mediante, entre otros aspectos, el disfrute de “*recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decorosa y desempeñar un papel activo en la vida pública, social y cultural* (...)”.

El CEDS explica el contenido de este precepto informando que se incluye en su ámbito la obligación de que sean suficientes, no sólo en las pensiones contributivas y no contributivas del sistema de seguridad social, sino también otras prestaciones económicas complementarias, comprobando la adecuación a esas exigencias mínimas recurriendo a la renta media de cada país y el umbral de riesgo de pobreza fijado para las personas de 65 o más años.

Adiciona a este aspecto que el precepto incluye que las Partes contratantes garanticen la participación de este colectivo en la adopción de las decisiones que les afecten, excepto si son incapaces, no pudiendo presumirse, con carácter general, por estar enfermo o padecer alguna minusvalía concreta. De ahí que, los Estados adoptarán, a través de su marco jurídico, las garantías necesarias para evitar que las personas mayores sean arbitrariamente privadas de la posibilidad de adoptar decisiones de forma autónoma, incluso si su capacidad está reducida, comprometiéndose, en este último supuesto, a proporcionar todos los medios necesarios para que puedan comunicarse y a velar por que nadie se inmiscuya, o lo haga lo menos posible, en los deseos y derechos de las personas mayores.

Finalmente, la cuarta Observación interpretativa se centra en los derechos de los apátridas, a los que caracteriza, junto con los refugiados, de ser un colectivo vulnerable expuesto a la pobreza, abusos, marginación y discriminaciones en el acceso al alojamiento, a la educación, al empleo, a la protección social, a la libertad de circulación y a la asistencia sanitaria.

Ante esa realidad, materializada en al menos 12 millones de apátridas en el mundo, de los que 600.000 estarían en Europa, el CEDS estima que es importante precisar, al cumplirse en el año 2014 el 60 aniversario de la Convención de Naciones Unidas relativa al Estatuto de los Apátridas, la protección que otorga su normativa a estos sujetos. Para ello, se toma como punto de partida el apartado 2 del Anexo de la CSE en el que cada *“cada Parte concederá a los apátridas que respondan a la definición de la Convención de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954, relativa al Estatuto de los Apátridas, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de dicho instrumento y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos apátridas”*.

Con fundamento en este precepto, el CEDS determina que a los apátridas se les ha de garantizar el mismo tratamiento que a los nacionales y ciudadanos de otros Estados Parte en cuestiones relativas a la educación, legislación laboral, cargas fiscales y acceso a los tribunales, concretando que se les tiene que garantizar un trato no menos favorable en cuestiones como el alojamiento, libertad de circulación, afiliación sindical o acceso al trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. En suma, deben beneficiarse de la protección de la CSE en igualdad de condiciones que los nacionales de otros países que la han incorporado.

Constando que algunos Estados que han ratificado la CSE, no lo han hecho del Convenio Europeo sobre nacionalidad de 6 de noviembre de 1997 (tan sólo 20) y el Convenio sobre la prevención de los casos de apatridia con relación a la sucesión de Estados de 19 de mayo de 2006 (únicamente 6)⁴⁰, el CEDS anima a los países, entre los que se incluye España, a que los suscriban.

3.2. Asistencia sanitaria y extranjero en situación irregular. El RDL 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorarla calidad y seguridad de sus prestaciones.

Una de las reformas del Gobierno que más críticas ha recibido 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 prestaciones⁴¹.

Se trata de una norma que, como señala su Exposición de Motivos, se aprueba 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 una serie de modificaciones, centrándome en este estudio en la efectuada por el art. 1 y la Disposición adicional tercera en el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, y 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, tener el derecho a la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos.

Consciente el Gobierno de lo controvertido que resulta abordar este aspecto, a los argumentos anteriores, añade que la modificación está fundamentada en los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, que revela algunas situaciones en las que 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 se realiza del mismo. El citado documento pone en evidencia 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 lo tanto, es necesario que Gobierno 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 todos esos argumentos, el Gobierno procedió a modificar los requisitos de la condición de asegurado. Anteriormente se adquiría encontrándose en algunos de los siguientes supuestos (art. 3)⁴²:

- 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 perceptor 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, procedió a modificar 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 *ter*, en el que las fija en los siguientes términos:

- 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 dieciocho años.*

Por lo que se refiere a la modificación realizada en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el precepto tenía cuatro apartados que determinaban que “*los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”, siendo nuevamente redactado con el RDL 16/2012, pasando su contenido a señalar que “*los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*”.

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, pero 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 que los extranjeros en situación irregular mayores de dieciocho años pasaban a estar excluidos de la asistencia sanitaria pública⁴³, pasando a ser requisito imprescindible poseer una autorización de residencia legal, mientras que, con anterioridad, era suficiente la inscripción en el padrón municipal⁴⁴. 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*”⁴⁵.

Las dudas en cuanto a su constitucionalidad llevaron a que se presentaran varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por los Gobiernos de Canarias, Cataluña y Navarra (nº 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 Euskadi, 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)⁴⁶ 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 ha interpuesto contra esa normativa autonómica recursos de inconstitucionalidad (nº 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, el Auto de 12 de diciembre de 2012 (nº 239/2012) del Tribunal Constitucional (Pleno) ha levantado la suspensión de varios preceptos del Decreto del País Vasco, entre los que está incluido el señalado.

Brevemente quiero señalar en cuanto a este Auto que, para decidir acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, “(...) *es necesario ponderar, de un lado, los intereses que se encuentran concernidos, tanto el general y público como, en su caso, el particular o privado de las personas afectadas, y, de otro, los perjuicios de imposible o difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión*”. Para realizarla, el TC acude, en primer lugar, al deber de los poderes públicos, recogido en el art. 43 de la CE, “(...) *de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada «a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*” y, en segundo lugar, a la vinculación de este principio rector con el art. 15 de la CE “(...) *que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004)*”, concluyendo que “(...) *resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles*”. Por tanto, el mantenimiento de la suspensión conlleva unos perjuicios asociados,

puesto que “(...) los inmigrantes sin permiso de residencia, verán notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad”.

A ello añade que “(...) al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, es preciso destacar que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias”, concluyendo que “(...) el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado (...)” justificando el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

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. La relevancia se constata en la trascendencia pública que ha tenido ésta en concreto.

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 nº 14/2003), Decisión de fondo de 23 de octubre de 2012 (Reclamación nº 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 irre-

gular” (Decisión de Fondo de 11 de septiembre de 2012 (Reclamación nº 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 indisociables de ella ya sea por la ratificación de tratados en materia de derechos humanos –en particular, el Convenio Europeo de Derechos Humanos– ya sea por la adopción de normas de Derecho interno, constitucionales legislativas u otras que no establecen distinción entre las personas expresamente mencionadas en el anexo y los demás extranjeros (...)*”.

Por lo tanto, el pronunciamiento del CEDS no debe de sorprender, y así ha puesto de manifiesto la doctrina⁴⁷, 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 de los argumentos utilizados por los países en cuanto a la crisis económica que están sufriendo como justificación de las medidas que adopten, pues se ha dictado jurisprudencia que señala su inadmisibilidad. Los países, al ratificar la CSE, «*han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de especialmente el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales*». Por ello, la crisis no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta, debiendo los Gobiernos “(...) *adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más*» (Conclusiones XIX-2 (2009)) y realizar “*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 (...)*” (Decisiones de Fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamaciones nº 65 y 66 de 2011) y 7 de diciembre de 2012 (Reclamaciones nº 76 a 80 de 2012)⁴⁸).

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.

3.3. Conclusiones de no conformidad a la Carta Social Europea y al Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988.

Como se ha apuntado al inicio de este estudio, el CEDS ha dictado en total 6 Conclusiones de no conformidad a la CSE, específicamente cinco respecto a la Carta Social Europea, art. 12, apartados primero y cuarto, art. 13 apartado primero, art. 14 apartado primero y segundo, y una al Protocolo Adicional, art. 4.

3.3.1. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

Por lo que se refiere al art. 12 de la CSE, que reconoce el derecho a la seguridad social, el CEDS emite dos Conclusiones que declaran la vulneración de los apartados primero y cuarto.

La primera se relaciona con el compromiso de las partes contratantes de garantizar el ejercicio efectivo al derecho a la Seguridad Social estableciendo o manteniendo un régimen de Seguridad Social (art. 12.1 de la CSE). La observación de este precepto requiere que las prestaciones sean suficientes, criterio que se concreta en España atendiendo al IPREM, en la medida en que el RDL 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, lo fijó como referencia del nivel de renta que estableciera la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos (art. 2.1).

Observando el período examinado, se toman como valores de referencia el IPREM de 2011, que ascendió a 7.455,14 €, y el nivel del umbral de pobreza de ese mismo año fijado, por la Oficina de Estadística de la Unión Europea (EUROSTAT), en 6.258 € (se concreta en el 50% de la renta mediana ajustada calculada sobre la base del umbral de riesgo de pobreza).

Trasladadas esas cifras sobre las prestaciones mínimas contributivas y sobre las prestaciones de desempleo, se concluye que son conformes a la CSE pues las cuantías en que se concretan son suficientes al superarla.

Ahora bien, realizada esa confrontación sobre la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, la normativa dispone que del cuarto al vigésimo día se cobra el 60% de la base reguladora (art. único RD 53/1980 de 11 de enero). Aplicado ese porcentaje sobre el IPREM, la cifra resultante (4.473 €) está claramente por debajo del umbral de pobreza, por lo que se resuelve que España vulnera la CSE al establecer unas prestaciones derivadas de enfermedad insuficientes.

La segunda se pronuncia con referencia al apartado cuarto del art. 12 de la CSE, que determina el compromiso de las Partes contratantes de *“adoptar medidas, mediante la conclusión de los oportunos acuerdos bilaterales o multilaterales, o por otros medios, sin perjuicio de las condiciones establecidas en esos acuerdos, encaminadas a conseguir (...) la igualdad de trato entre los nacionales de cada una de las partes contratantes y los de las demás partes en lo relativo a los derechos de Seguridad Social, incluida la conservación de las ventajas concedidas por las leyes de Seguridad Social, sean cuales fueren los desplazamientos que las personas protegidas pudieren efectuar entre los territorios de las partes contratantes (...), y la concesión, mantenimiento y restablecimiento de los derechos de Seguridad Social, por medios tales como la acumulación de los períodos de seguro o de empleo completados de conformidad con la legislación de cada una de las partes contratantes”*. La vulneración se produce por tres motivos:

1º. Existe un número de países con los que no se ha firmado un convenio o acuerdo bilateral en el período de referencia (Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, la República de Macedonia, Georgia, República de Moldavia y Turquía), por lo que no se encuentra garantizada la igualdad de trato para los ciudadanos de esos Estados en materia de derechos de Seguridad Social.

2º. Similar es la situación que se presenta con las prestaciones familiares, pues la normativa obliga a los Estados a firmar un acuerdo bilateral o multilateral con los países que exigen requisitos diferentes de la residencia para poder beneficiarse de las mismas. Su aplicación vincula a España a suscribirlos respecto de Albania, Armenia, Georgia, Serbia, Rusia y Turquía, habiendo cumplido ese mandato sólo respecto del penúltimo de los citados, y en cuanto al último se encuentra en estos momentos tramitándolo. En la medida en que con los otros países no ha procedido a firmar ninguno, se incumple la CSE pues, de nuevo, no garantiza la igualdad de trato sobre este concreto aspecto.

3º. En último lugar, el CEDS reitera una condena que ya había realizado anteriormente, determinando que la exigencia de diez años de residencia para acceder a una pensión de jubilación no contributiva se considera excesiva (art. 167.1 LGSS⁴⁹).

3.3.2. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SOCIAL Y MÉDICA.

El art. 13 apartado primero de la CSE dispone la obligación de las partes contratantes de “velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”.

En España, la asistencia social es competencia de las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20 CE), articulándose un sistema diferente por cada una de ellas de forma diferente y con un nivel de protección desigual, no vulnerando esos aspectos, en principio, la CSE.

Ahora bien, el CEDS apunta que se debe observar una cierta uniformidad en determinados aspectos, añadiendo que el hecho de que sea competencia de las CCAA, no permite al Estado que se exonere de las obligaciones que tiene contraídas en virtud de este precepto, puesto que, tal y como había declarado en la Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 (Reclamación nº 15/2003), “(...) cuando el Derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados Partes de la Carta siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas”.

Analizadas las regulaciones de las CCAA, se dictamina, en primer lugar, que vulnera el art. 13.1 de la CSE la exigencia de un período mínimo de residencia (que suele ir desde seis meses a tres años) o edad mínima (25 años) para el reconocimiento de una renta.

En segundo lugar, vulnera también ese precepto que, a la hora de determinar la duración de la renta mínima, no se condicione a la vigencia de la situación de necesidad sino a la fijación de unos plazos que operan de forma independiente a ella.

A estos dos aspectos, añade el CEDS que se debe valorar también la suficiencia de esas rentas. Para ello, según el nivel de renta que señalé anteriormente⁵⁹, se considera que cumple ese requisito y es apropiada si mensualmente la prestación concedida a una persona soltera que no conviva con nadie alcanza la cifra de 521 €. Analizadas las cuantías que conceden las comunidades y ciudades autónomas, todas incumplen el requisito de la suficiencia excepto Navarra y el País Vasco, procediendo lógicamente a emitir, en tercer y último lugar, una Conclusión de no conformidad al art. 13.1 de la CSE.

3.3.3. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LOS BENEFICIOS DE LOS SERVICIOS SOCIALES.

En este apartado se emiten por el CEDS dos Conclusiones de no conformidad por no suministrar España información suficiente, requerida anteriormente en las Conclusiones XIX-2 (2009), para valorar las situaciones.

La primera de ellas se fundamenta en el apartado primero del art. 14 de la CSE que compromete a las partes contratantes, para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a beneficiarse de los servicios sociales, “(...) a fomentar u organizar servicios que, utilizando los métodos de un servicio social, contribuyan al bienestar y al desarrollo de los individuos y de los grupos en la comunidad, así como a su adaptación al medio o entorno social”.

En concreto, el incumplimiento de este precepto se deriva, en primer lugar, por no suministrar información de la tarificación de los servicios sociales, y, en segundo lugar, de las condiciones que deben reunir los proveedores de los servicios sociales, pues no se tiene conocimiento de los procedimientos de control que hay establecidos que demuestren la idoneidad de sus actividades.

La inobservancia por parte de los gobernantes de las aclaraciones requeridas, llevan al CEDS a concluir que España incumple este precepto con base en que no está garantizado el acceso efectivo a los servicios sociales, no están definidas de forma clara las condiciones que se imponen a los proveedores de servicios para poder actuar y, por último, no se han fijado unos instrumentos de control que aseguren la calidad de los servicios que estos suministran.

En cuanto a la segunda Conclusión de no conformidad, atiende a las exigencias fijadas en el siguiente apartado del art. 14 de la CSE, que obliga a las partes contratantes “(...) a estimular la participación de los individuos y de las organizaciones benéficas o de otra clase en la creación y mantenimiento de tales servicios”. En la última conclusión que emitió, el CEDS solicitó información a España en cuanto a las modalidades de control que había establecidas de las acciones de las organizaciones no gubernamentales y de otros proveedores no públicos, así como si estaba garantizado el acceso en condiciones de igualdad a los servicios sociales que eran prestados por las entidades aludidas.

Al no haberse facilitado la información en este supuesto, se emite una segunda Conclusión de no conformidad.

3.3.4. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS ANCIANAS.

La sexta y última vulneración se produce respecto del art. 4 del Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988. Este precepto recoge fundamentalmente el compromiso de las partes contratantes a “(...) tomar o promover, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, las medidas adecuadas encaminadas, en particular, (...) a permitir a las personas ancianas seguir siendo, durante el mayor tiempo posible, miembros de pleno derecho de la sociedad (...) [y a que puedan] escoger libremente su modo de vida y llevar una vida independiente en su entorno habitual durante todo el tiempo que lo deseen y que sea posible (...)”

El CEDS ha declarado que el cumplimiento de este compromiso exige la existencia de un marco jurídico específico en relación con este colectivo, es decir, una normativa concreta que prohíba la discriminación, pues ésta se ha constatado en numerosos sectores de la sociedad como la salud, educación, seguros y productos bancarios, participación en la elaboración de la política, etc.⁵¹.

España no ha podido acreditar la existencia de esa norma, razón por la que se ha emitido la Conclusión de no conformidad, no teniendo favorable acogida el argumento que aportó en cuanto a que el art. 14 de la CE prohibía esa discriminación pues, entre los motivos enumerados, no aparece específicamente señalado el de la edad.

4. VINCULACIÓN A LA NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.

Una vez que el Gobierno tiene notificados los incumplimientos señalados, las actuaciones a realizar deben ir dirigidas a inaplicar, modificar o derogar la normativa, porque la ratificación de la CSE, originaria y/o revisada, 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*”⁵². 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 doctrina⁵³, 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.

Sobre este aspecto añadiré que recientemente, en concreto el 5 de mayo de 2013, ha entrado en vigor el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008, en el que se establece que la competencia para conocer de reclamaciones individuales que soliciten el reconocimiento de derechos que se consideren vulnerados, se atribuye al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, organismo que próximamente se encargará de velar por la aplicación del Pacto Internacional y que, aceptada su competencia en la ratificación del Protocolo, habrá que estar a sus pronunciamientos (investigaciones, informes, comunicaciones...), 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.

A estos argumentos se ha de recordar que España ratificó el 2 de mayo de 1972 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 “(...) *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*” (Parte III.27), siendo, además, este último aspecto confirmado, sin lugar a dudas, en el Proyecto de Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales que se está tramitando en estos momentos en el Congreso de los Diputados (presentado el 25/10/2013, BOCG-CD de 5 de noviembre de 2013), en el que el art. 32 determina que “*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*”.

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 Conclusiones no se perciben signos que evidencien el ánimo de seguir las indicaciones del CEDS e introducirlos 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 convencionalidad⁵⁴, 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*”⁵⁵.

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. ♦

NOTAS:

- ¹ Prof. Titular de Universidad del Departamento Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia. Membre de la Réseau Académique sur La Charte Sociale Européenne et les Droits Sociaux.
- ² Véase *infra* punto 3.2.
- 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, nº 70. Pág. 349.
- ⁴ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch. Pág. 137.
- ⁵ BONET PÉREZ, J. Y BONDÍA GARCÍA, D.: “La Carta Social Europea”. En AA.VV. (Dir. GÓMEZ ISA, F.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, 2004. Coimbra. Pág. 442.
- ⁶ Véase *infra* punto 2.2.
- 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, nº 11. Pág. 356.
- ⁸ JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*. Valencia, 2007. Tirant lo Blanch. Pág. 11. Como ha apuntado la doctrina, la idea de formalizar la CSE no volvió a surgir 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.* Pág. 445.
- ⁹ Véase, en este sentido, entre otros RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”. *Revista de Política Social*, 1978, nº 118. Págs. 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, nº 68. Pág. 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.* Pág. 352.

Téngase en cuenta que la propia CSE prevé excepciones en cuanto a ese requisito de aplicabilidad, véase en este sentido el punto 2.2 de este estudio en relación con derecho a asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares.

- 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, nº 67. Págs. 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, nº 2. Pág. 42.
- ¹¹ Explica JIMENA QUESADA que tan sólo el último ha realizado algún avance en cuanto a vincularse por la CSE revisada, mostrando interés siempre que se salven los obstáculos más importantes que presenta la articulación de su normativa con el Tratado, citando que uno de ellos “(...) *es el sistema suizo de formación profesional dual (aprendizaje en la escuela y en empresas), que para Suiza constituye un signo de identidad constitucional y un factor esencial de progreso económico del país y explicaría su tasa más baja de paro juvenil en Europa (...)*”. En “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2013”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22. Pág. 5 (en prensa). Véase de forma más amplia el Informe del CEDS de 24 de octubre de 2013 “Rencontre bilatérale entre le Bureau du Comité et un Delegation Suisse”, fruto de la reunión celebrada en Berna el 9 de septiembre de 2013. Págs. 1 a 9. En http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Activities/BilateralMeetingBernSwissReport_fr.pdf (2/2/2014).
- ¹² Así se constata en las Explicaciones anejas a la Carta Europea de Derechos Fundamentales elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium (Diciembre 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 Europa y la Unión Europea”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 13. Pág. 402.
- ¹³ 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 AA.VV. (Coord. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, 2003. Dilex. JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*. Valencia, 2007. Tirant lo Blanch. BELORGEY, J.M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control...” *op. cit.* Págs. 349 a 377.
- ¹⁴ 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*”.
- ¹⁵ JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa...” *op. cit.* Pág. 151.
- ¹⁶ OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: La contribución del Consejo de Europa”. En AA.VV. (Dir. LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J.): *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*. Granada, 26 de octubre de 1987. Madrid, 1989. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Pág. 45.
- ¹⁷ BELORGEY, M.: “La Carta Social Europea del Consejo de Europa...” *op. cit.* Pág. 351.

- ¹⁸ Véase *infra* apartado 4.
- ¹⁹ 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, nº 27. Págs. 22 y ss.
- ²⁰ 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.* Pág. 24 y “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”. *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27-3 (extraído de <http://revista-eea.net/volumen.php?Id=70&vol=27&ref=3>). Págs. 755 y 756. Véase también MILIONE, 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, nº 2. Pág. 124.
- ²¹ JIMENA QUESADA, L: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...op.cit.* Págs. 13 y 14.
- ²² 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, nº 2 (extraído de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_TRI_03_jimena.pdf). Págs. 41 a 70. BRILLAT, R.: “La Charte Sociale et son acceptation progressive par les États ». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 13. Pág. 231.
- ²³ Art. 6.1 Tratado de Lisboa: “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.
- ²⁴ Véase *infra* punto 4.
- ²⁵ En el Protocolo de 1991 se prevé que sean elegidos por la Asamblea Parlamentaria, siendo ese el único aspecto que no ha entrado en vigor. Véase *supra* apartado 2.1
- ²⁶ Esta periodicidad anual, así como la agrupación de los artículos en cuatro, entró en vigor a partir del año 2007 y se fijó por el Comité Gubernamental en la 963ª 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.
- ²⁷ BRILLAT, R.: “La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch. Pág. 21.
- ²⁸ “Por una mayoría de dos tercios de los miembros que tengan derecho a participar en sus reuniones, el Comité de Ministros, sobre la base del informe del Subcomité y previa consulta a la Asamblea consultiva, podrá formular las recomendaciones que estime pertinentes a cada una de las partes contratantes”.
- ²⁹ PRIETO SUÁREZ, R.: “La Carta Social Europea y el Comité Europeo de Derechos Sociales...” *op. cit.* Pág. 361.
- ³⁰ JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales-2013...” *op. cit.* Pág. 3 (en prensa).
- ³¹ Véase de forma más amplia las consideraciones sobre este sistema de control que realiza VANDAMME, F.: “La revisión de la Carta Social Europea”. *Revista Internacional del Trabajo*, 1994, nº 5-6. Págs. 728 y 729 y BONET PÉREZ, J. Y BONDÍA GARCÍA, D.: “La Carta Social Europea...” *op. cit.* Pág. 465 Y 466.
- ³² Carta presentada el 30 de junio de 2011, puede consultarse el texto completo en el Rapport d’activités Comité européen des Droits sociaux 2011, Annexe 11. Págs 121 a 123.http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Presentation/ActivityReport2011_fr.pdf (16/2/2014).

- ³³ Para los países que tienen ratificada la CSE revisada este artículo se corresponde con el 23. El período incluye también para estos últimos el art. 30 (derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social). El próximo Informe que se tiene que presentar será sobre el Grupo 3, relativo a los Derechos relacionados con el trabajo, que comprende los arts. 2 (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas), 4 (derecho a una remuneración equitativa), 5 (derecho sindical), 6 (derecho de negociación colectiva), de la CSE y 2 (derecho a información y consulta) y 3 (derecho a tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del entorno laboral) del Protocolo de 1988 (no se citan los correspondientes a la CSE revisada al no estar ratificada por España), pudiendo avanzar que incluye, entre otras, el análisis de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Examinado el Informe nº 26 que ha presentado España, registrado el 20 de septiembre de 2013, no contiene ninguna referencia al contrato de apoyo de apoyo a emprendedores, que tiene fijado un período de prueba de un año, siendo conveniente que las organizaciones sindicales presenten alegaciones que pongan en conocimiento ese aspecto con el objeto de que el CEDS pueda estudiarlo, pudiendo avanzar que conllevará una Conclusión de no conformidad puesto que este aspecto ha sido ya valorado por el CEDS en la Decisión de Fondo de 23 de mayo de 2012 (Reclamación nº 66), interpuesta por los sindicatos griegos contra una normativa similar, pronunciándose en el sentido de que esa duración es excesiva y vulnera el art. 4.4 de la CSE. Esta jurisprudencia ha sido aplicada directamente por la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Barcelona de 19 de noviembre de 2013, resolviendo que la finalización contractual durante ese período es improcedente por aplicación del principio de jerarquía normativa y el control de convencionalidad. Véase en este sentido SALCEDO BELTRÁN, C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”. *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 62. Págs. 93 a 122 y el “Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”. *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 64. Págs. 1 a 16 (en prensa).
- ³⁴ También denominadas conclusiones pospuestas “*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 ARUFE 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 Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, nº 15. Pág. 285. Las Conclusiones que se han dictado en relación a España en años anteriores pueden consultarse en la web del Consejo de Europa en el siguiente enlace http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/ConclusionsIndex_fr.asp, en inglés o francés. Para un estudio de las Conclusiones emitidas por el CEDS en años anteriores véase el artículo que cito en esta nota, y las crónicas de jurisprudencia de JIMENA QUESADA, publicadas en la *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 14 (págs. 329 a 346), 2010, nº 16 (págs. 385 a 407), 2011, nº 18 (págs. 329 a 352) y 2012, nº 20 (págs. 361 a 384).
- ³⁵ Véase *infra* punto 3.2.
- ³⁶ Puede consultarse en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/apatridas.htm> (3/2/2014). España ratificó este tratado el 24 de abril de 1997 (BOE de 4 de julio) realizando una reserva al art. 29.1, considerándose obligada por las disposiciones del mismo únicamente en el caso de que los apátridas sean residentes en el territorio de alguno de los Estados Contratantes.
- ³⁷ Conclusiones XIV-2 Tome 1. Observation interprétative de 30 de noviembre de 1998 (c-14-2-fr1). Específicamente se señala que el art. 3.1. “(...) *exigiendo a las Partes contratantes que garanticen el derecho a la seguridad e higiene en el trabajo, protege el derecho a la integridad física y mental del individuo en el trabajo (...)*”, inspirándose en el art. 2 del CEDH que garantiza el derecho a la vida. Por tanto, para que la normativa que adopten sea conforme a la CSE debe incluir medidas de prevención y de protección frente a la mayor parte de riesgos previstos en las normas internacionales de referencia (Directiva 89/391 del Consejo, de 12 de junio de 1989, *relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo*). Consciente de que se trata de una materia en constante evolución, los países indicarán en cada examen que realice del art. 3 los nuevos campos a los que se aplicará, incluyendo en esta interpretación una exhaustiva enumeración de riesgos (a modo de ejemplo, los relacionados con los equipos de trabajo, agentes y sustancias peligrosas, riesgos específicos en algunos sectores y actividades, riesgos relacionados con determinadas categorías de trabajadores más vulnerables o con la organización del trabajo, etc.).
- ³⁸ “*Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las partes contratantes se comprometen:*”

1. A velar por que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

2. A velar por que las personas que se beneficien de tal asistencia no sufran por ese motivo disminución alguna en sus derechos políticos y sociales.

3. A disponer lo preciso para que todas las personas puedan obtener por medio de servicios adecuados, públicos o privados, el asesoramiento y ayuda personal necesarios para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar”.

³⁹ Artículo 31 CSE/G CSE revisada:

1. Los derechos y principios enumerados en la Parte I, una vez llevados a la práctica, así como su ejercicio efectivo con arreglo a lo dispuesto en la Parte II, no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en las Partes I y II, salvo las establecidas por la Ley y que sean 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.

2. Las restricciones permitidas en virtud de la presente Carta a los derechos y obligaciones reconocidos en ella no podrán ser aplicadas con una finalidad distinta de aquella para la que han sido previstas.

⁴⁰ Para la entrada en vigor de los dos se precisaban tres ratificaciones, produciéndose la del primero el 1 de marzo de 2000 y la del segundo el 1 de mayo de 2009 (pueden consultarse en <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=166&CM=8&DF=02/02/2014&CL=FRE> y <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=200&CM=8&DF=02/02/2014&CL=FRE>) y la del segundo el 1 de mayo de 2009.

⁴¹ Convalidado por Resolución de 17 de mayo de 2012 del Congreso de los Diputados.

⁴² 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.

⁴³ 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, nº 32. Págs. 5 y ss.

⁴⁴ 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, nº 2. Pág. 133.

⁴⁵ PALOMAR OLMEDA, A. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta”. *Actualidad del Derecho sanitario*, 2013, nº 200. Pág. 35.

⁴⁶ Concreta este aspecto el art. 2 en el sentido de que tienen acceso a las “(...) prestaciones públicas sanitarias en esa Comunidad Autónoma las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por tener la condición de asegurados o beneficiarios del mismo, las personas que dispusiesen de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, así como las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria.

b) Ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora.

c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título”.

- ⁴⁷ SOBRINO GUIJARRO, I.: “Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud...” *op. cit.* Págs. 143 a 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, nº 5. Págs. 103 y 104.
- ⁴⁸ Un estudio completo de todos esos pronunciamientos y de las políticas de la UE que forzaron la aprobación en Grecia de las normas de las que se ha dictaminado que vulneran la CSE en los dos artículos de NIVARD, C.: “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Chartesocialeeuropéenne par les mesures “anti-crise” grecques”. *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 15 novembre 2012 (<http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>) y “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Seconde condamnation des mesures d’austérité grecques par le Comité européen des droits sociaux ». *LettreActualitésDroits-Libertés du CREDOF*, 11 mai 2013 (<http://revdh.files.wordpress.com/2013/05/lettre-adl-du-credof-11-mai-2013.pdf>) y SALCEDO BELTRÁN, C.: « Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22. Págs. 1 a 52 (en prensa).
- ⁴⁹ “Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, las personas que, habiendo cumplido sesenta y cinco años de edad, carezcan de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el artículo 144, residan legalmente en territorio español y lo hayan hecho durante diez años entre la edad de dieciséis años y la edad de devengo de la pensión, de los cuales dos deberán ser consecutivos e inmediatamente anteriores a la solicitud de la prestación”.
- ⁵⁰ Véase *supra* apartado 3.3.1.
- ⁵¹ El CEDS remite a los datos y estudios realizados por AGE PlatformEurope (<http://www.age-platform.eu/age-policy-work/anti-discrimination>).
- ⁵² JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...* *op. cit.* Págs. 31 y 32.
- ⁵³ JIMENA QUESADA, L.: “La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional”. En AA.VV. (Coord. REVENGA SÁNCHEZ, M.): *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2009. Tirant lo Blanch. Págs. 502 a 506. Véase también AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: “De l’invocabilité des sources européennes et internationales...” *op. cit.* Págs. 1 a 20.
- ⁵⁴ 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. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Aranzadi. Págs. 24 y 25.
- ⁵⁵ JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales...” *op. cit.* Pág. 14.

BIBLIOGRAFIA CITADA:

- AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: “Carta Social Europea y Convenio Europeo de Derechos Humanos: perspectivas para la próxima década”. *Revista de Derecho Político*, 2006, nº 67.
- AKANDJI-KOMBÉ, J.F.: «De l’invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne ». *Droit Social*, 2012, nº 11-12.
- 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, nº 32.
- 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, nº 70.
- BONET PÉREZ, J. Y BONDÍA GARCÍA, D.: “La Carta Social Europea”. En AA.VV. (Dir. GÓMEZ ISA, F.): *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao, 2004. Coimbra.

- BRILLAT, R.: “La actividad pre-convencional y para-convencional del Consejo de Europa en el ámbito de los derechos sociales”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.
- BRILLAT, R.: “La Charte Sociale et son acceptation progressive par les États ». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 13.
- CASTILLO DAUDÍ, M.: “La Carta Social Europea treinta años después: El Protocolo de 21 de octubre de 1991”. *Tribuna Social*, 1993, nº 27.
- 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, nº 68.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2009”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 14.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2010”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010, nº 16.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2011”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2011, nº 18.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2012”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2012, nº 20.
- JIMENA QUESADA, L.: “Crónica de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales 2013”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22.
- JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europa y la Unión Europea”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, nº 13.
- JIMENA QUESADA, L.: “La Carta Social Europea como instrumento de democracia social en Europa y en España”. En AA.VV. (Coord. JIMENA QUESADA, L.): *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales*. Valencia, 2004. Tirant lo Blanch.
- JIMENA QUESADA, L.: “La factibilidad de los derechos sociales en Europa: debate actual y perspectivas”. *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27-3 (extraído de <http://revista-eea.net/volumen.php?id=70&vol=27&ref=3>).
- JIMENA QUESADA, L.: “La vinculación del Juez a la jurisprudencia internacional”. En AA.VV. (Coord. REVENGA SÁNCHEZ, M.): *El poder judicial. VI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*. Valencia, 2009. Tirant lo Blanch.
- 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, nº 2 (extraído de [http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/O2 TRI_03_jimena.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/O2_TRI_03_jimena.pdf)).
- JIMENA QUESADA, L.: *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derecho*. Navarra, 2013. Aranzadi.
- JIMENA QUESADA, L.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales (Sistema de reclamaciones colectivas. Vol. I: 1998-2005)*. Valencia, 2007. Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F.: “El sistema europeo de protección de los derechos humanos: el Consejo de Europa y la Carta Social (II)”. En AA.VV. (Coord. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Madrid, 2003. Dilex.
- 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, nº 5.
- MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A.: “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 Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2011, nº 15.
- NIVARD, C.: “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Seconde condamnation des mesures d’austérité grecques par le Comité européen des droits sociaux ». *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 11 mai 2013 (<http://revdh.files.wordpress.com/2013/05/lettre-adl-du-credof-11-mai-2013.pdf>).

- NIVARD, C.: “Comité européen des droits sociaux (CEDS): Violation de la Charte sociale européenne par les mesures “anti-crise” grecques”. *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 15 novembre 2012 (<http://revdh.files.wordpress.com/2012/11/lettre-adl-du-credof-15-novembre-20121.pdf>).
- OREJA AGUIRRE, M.: “Un proyecto social para Europa: La contribución del Consejo de Europa”. En AA.VV. (Dir. LEZERTUA, M. Y VIDA SORIA, J.): *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000: Acta del coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*. Granada, 26 de octubre de 1987. Madrid, 1989. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- PALOMAR OLMEDA, A. Y VÁZQUEZ GARRANZO, J.: “El derecho a la asistencia sanitaria: un camino de ida y vuelta”. *Actualidad del Derecho sanitario*, 2013, nº 200.
- 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, nº 11.
- RODRIGUEZ PIÑERO, M.: “La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación”. *Revista de Política Social*, 1978, nº 118.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “Crisis económica, medidas laborales y vulneración de la Carta Social Europea”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2013, nº 22.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “El contrato de apoyo a emprendedores: su difícil encaje en la normativa internacional, europea y nacional”. *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 62.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “Incumplimiento por España de los Tratados Internacionales: Carta Social Europea y período de prueba”. *Revista de Derecho Social*, 2013, nº 64.
- 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, nº 2.
- VANDAMME, F.: “La revisión de la Carta Social Europea”. *Revista Internacional del Trabajo*, 1994, nº 5-6.