

CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES EN MATERIA SOCIAL EN EUROPA. POTENCIALES DIVERGENCIAS ENTRE EL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Juan Martínez Otero

*Doctorando en el Departamento de Derecho Constitucional, Ciencia Política y de la Administración
Facultad de Derecho - Universitat de València*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS Y JURISDICCIONES EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES EN EUROPA: 1. La construcción de una Europa de los Derechos Sociales. Diversidad de instrumentos e instancias de protección. 2. La Carta Social Europea y su sistema de control. 3. La Unión Europea y el Tribunal de Justicia.- II. POSIBILIDAD DE DICOTOMÍAS EN LA RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS ANÁLOGOS: EN ESPECIAL, LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. La Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, sobre la Reclamación Colectiva nº 22/2003. 2. La Sentencia *Abdelkader*. 3. Potencial diversidad de criterios.- III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES.

PALABRAS CLAVE

Consejo de Europa; Unión Europea; Jurisprudencia europea; Derechos sociales; Protección multinivel de derechos fundamentales.

RESUMEN

El presente trabajo pretende ilustrar la problemática de las posibles contradicciones de jurisprudencia a nivel europeo en materia de derechos sociales. En este sentido, tras el estudio de casos concretos, se propone la adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea como mecanismo para evitar tales conflictos entre jurisdicciones europeas.

I. INTRODUCCIÓN: DIVERSIDAD DE ORDENAMIENTOS Y JURISDICCIONES EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES EN EUROPA

1. La construcción de una Europa de los Derechos Sociales. Diversidad de instrumentos e instancias de protección

En líneas generales, el reconocimiento de los derechos sociales a nivel nacional en los Estados europeos ya es un hecho, y aunque su proceso de reconocimiento y garantía efectiva no puede nunca darse por terminado, el camino avanzado hasta el momento puede considerarse satisfactorio. Un botón de muestra de este reconocimiento a nivel estatal de los derechos sociales, puede constituirlo la *denominación* que de nuestro Estado hace la Constitución Española en su artículo 1.1: “*España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho*”, así como la dedicación de catorce artículos a la política social y económica en un capítulo específico del Título I de la Constitución.

Sin embargo, esta dimensión social del Estado como prestador de determinados servicios y garante de ciertas condiciones mínimas de bienestar, no ha tenido hasta fechas más recientes un reconocimiento general a nivel supranacional o internacional. En el ámbito internacional europeo cabe destacar que si bien el Consejo de Europa aprobó la Carta Social Europea en 1961, su mecanismo de control, a través de informes, todavía puede calificarse como mejorable. Y ello, especialmente si se analiza en comparación con el sistema establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), con un órgano jurisdiccional propio ante el que puede recurrir cualquier ciudadano. Otra nota que evidencia esta apatía y ausencia de compromiso con los derechos sociales a nivel europeo es la pendiente ratificación de la Carta Social revisada de 1996 por más de veinte Estados europeos, entre los que España tiene el dudoso privilegio de contarse. Dicho esto, también es justo subrayar que durante la última década el buen funcionamiento del sistema de reclamaciones colectivas ante el Comité Europeo de Derechos Sociales (en adelante CEDS) –que se explicará a continuación– ha reforzado los mecanismos de garantía de los derechos sociales, siendo de esperar que la paulatina aceptación de su jurisdicción por los Estados miembros vaya dotando de mayor peso específico a su actividad en defensa de los derechos sociales.

Por lo que a la Unión Europea se refiere, en el ámbito comunitario se ha ido avanzando –tratado tras tratado– en el reconocimiento de los derechos fundamentales, reconocimiento que en el caso de los derechos sociales ha ido perdiendo timidez en los últimos años, superando la inicial sepa-

ración comunitaria entre los objetivos económicos y los sociales. Como es sabido, el Tratado de Ámsterdam de 1997 supuso un paso importante en el reconocimiento de los derechos sociales. Junto con él, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, aprobada en Niza en 2000, recoge un importante catálogo de derechos sociales en su capítulo titulado “Solidaridad”, cuyas previsiones gozarán por fin de pleno valor jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009¹. El órgano encargado de velar por el efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la Unión es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), a través de la resolución de recursos y cuestiones prejudiciales.

Así pues, en el ámbito europeo encontramos tres sistemas superpuestos de reconocimiento y garantía de los derechos sociales:

- los diferentes sistemas nacionales;
- el sistema vigente en el ámbito del Consejo de Europa, con instrumentos de control relevantes, como el CEDS;
- y, finalmente, el sistema de la Unión Europea, garantizado por el TJUE de Luxemburgo.

Esta concurrencia de sistemas jurídicos de protección plantea importantes problemas de articulación, problemas que “van a tener una expresión jurisdiccional, es decir, que se van a manifestar como confrontación entre jurisdicciones”². Si bien las relaciones tanto del sistema europeo como del comunitario con los sistemas nacionales plantean ciertos problemas, la articulación de sus relaciones ha sido resuelta satisfactoriamente, no presentando conflictos sustanciales. Los problemas más complejos y de mayor calado surgen de las relaciones entre el sistema europeo y el ordenamiento comunitario³.

Veamos brevemente los diversos mecanismos europeos de garantía de los derechos sociales.

¹ Un estudio histórico certero sobre la evolución de los derechos sociales en la Unión Europea puede consultarse en A.V. Sempere Navarro, A.I. Pérez Campos, “Derecho Social Europeo: de los orígenes a la nueva Constitución”, *Comentarios a la Constitución Europea* (coords. V. Garrido Mayol, S. García Couso, y E. Álvarez Conde), vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 959-996.

² A. López Basaguren, “Comunidad Europea, integración de ordenamientos y pluralidad de jurisdicciones en la protección de los derechos fundamentales”, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 134-135.

³ *Ibidem*, pp. 136-138.

2. La Carta Social Europea y su sistema de control⁴

En el ámbito del Consejo de Europa los derechos sociales están reconocidos en la Carta Social Europea, aprobada en Turín en 1961, que incluye un estándar mínimo de protección de los derechos en ella contenidos. Se trata de un documento ambicioso, constituyendo “sin lugar a dudas, el instrumento internacional que contiene el más completo catálogo de derechos sociales”⁵. La Carta Social fue ratificada por España por Instrumento de 29 de abril de 1961. Con motivo de su veinticinco aniversario, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó un protocolo adicional, de 5 de mayo de 1988, ratificado por España el 7 de enero de 2000. La última revisión de la Carta se ha producido el 3 de mayo de 1996, si bien España no ha procedido, al menos hasta la fecha, a su ratificación. Como señala Freixes, la Carta Social constituye un corolario o complemento necesario del CEDH de 1950 “puesto que éste, al incluir fundamentalmente derechos civiles y políticos, no garantizaba los derechos económicos y sociales, incluidos también dentro de los objetivos del Consejo de Europa para conseguir las finalidades inherentes al Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos”⁶.

Para la defensa de los derechos sociales, la Carta Social Europea no prevé un sistema de reclamaciones individuales ni un mecanismo de control judicial relativo a la aplicación e interpretación de sus disposiciones, a diferencia del CEDH de 1950. La Carta opta por un sistema de control basado en la presentación de informes periódicos de los Estados partes relativos a la aplicación interna de las disposiciones aceptadas y de la formulación de observaciones, conclusiones, y recomendaciones por parte de los órganos competentes de control acerca de la compatibilidad de las situaciones estatales con las previsiones de la Carta⁷.

Junto con este sistema de control basado en los informes, el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 1995 –en vigor desde 1998– establece un sistema facultativo de reclamaciones colectivas, a través del cual se pretende reforzar la participación de los distintos interlocutores sociales y de las organizaciones no gubernamentales en el sistema de la Carta Social⁸.

⁴ Para un estudio pormenorizado de esta cuestión, véase J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista de Derecho Político*, n.º 70, 2007, pp. 349-377.

⁵ *Ibidem*, p. 349.

⁶ T. Freixes Sanjuán, “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, *Escritos sobre Derecho europeo de los derechos sociales* (coord. L. Jimena Quesada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 115.

⁷ C. Fernández de Casadevante (Coord), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Paracuellos del Jarama, 2003 (2ª), p. 222.

⁸ *Ibidem*, p. 227.

La reclamación interpuesta debe versar sobre una disposición de la Carta aceptada por el Estado contratante en cuestión (art. 4), y ha de indicar en qué medida la disposición europea ha sido conculcada o no garantizada por el Estado de que se trate. La reclamación debe tener naturaleza *colectiva*, no pudiendo versar sobre hechos puntuales o individualizados. No estamos pues ante un sistema de reclamaciones individuales como el establecido por el CEDH. Aquí, el objeto de la reclamación colectiva no es restablecer a un trabajador o persona concreta sus concretos derechos, sino dilucidar la conformidad de una determinada normativa o práctica estatal con las disposiciones de la Carta.

A tenor del artículo 27.2, los sujetos titulares del derecho de reclamación son los siguientes:

- determinadas organizaciones de empleadores y trabajadores (Confederación Europea de Sindicatos, Unión de Confederaciones de Industria y Empresarios de Europa, y la Organización Internacional de Empleadores);
- ONGs u otras organizaciones que ostenten estatuto *participativo* ante el Consejo de Europa y se encuentren inscritas en la lista establecida por el Comité Gubernamental de la Carta Social;
- organizaciones nacionales representativas de trabajadores y empresarios que actúen bajo la jurisdicción del Estado reclamado.

Las reclamaciones serán dirigidas al Secretario del Comité, y examinadas por el CEDS. Una vez aprobada su admisibilidad, se inicia un procedimiento contradictorio entre la parte reclamante y el Estado reclamado. Como nota positiva, que ciertamente simplifica el procedimiento, cabe destacar que no es necesario haber hecho valer previamente otras vías internas de recurso antes de interponer una reclamación colectiva. Siempre tendrá lugar una fase escrita, y eventualmente también una fase oral –autorizada por el Comité, a instancia propia o de parte-. Junto con las partes mencionadas, pueden presentar sus observaciones otros sujetos que tengan un interés legítimo: los Estados partes en el presente protocolo o en la Carta Social revisada que hayan reconocido el sistema de reclamaciones colectivas; y las organizaciones internacionales de trabajadores y empresarios previstas en el artículo 27.2. La primera fase se concluye en su caso con la presentación de informaciones u observaciones suplementarias del Estado reclamado y la organización reclamante, cerrándose con la decisión sobre la admisibilidad.

Si la reclamación es declarada admisible, el CEDS oír a las partes sobre el fondo del asunto, para finalmente redactar una decisión de fondo, que tiene forma de sentencia. En su decisión el CEDS se pronuncia acerca de la compatibilidad de la situación del Estado respecto a la disposición objeto de la reclamación. Dicha decisión es remitida al Comité de Ministros y comunicada a las partes en el procedimiento. Sobre la base de la

decisión, el Comité de Ministros emite una resolución por mayoría de sus miembros. En caso de estimarlo oportuno, tras constatar la existencia de una aplicación no satisfactoria de la Carta, el Comité de Ministros puede aprobar una recomendación al efecto, obligando al Estado encausado a informar sobre el modo en que ha procurado cumplir la recomendación en el siguiente informe bienal.

El CEDS tiene pues una naturaleza *quasi* jurisdiccional. Como ha sido señalado por la doctrina, sus resoluciones constituyen una verdadera jurisprudencia⁹. A este respecto, cabe destacar la importancia con la que el Comité de Ministros ha revestido las resoluciones del CEDS. Este autor destaca el hecho de que si bien la “jurisdicción del CEDS no es una jurisdicción en toda su plenitud, y sus decisiones no son directamente ejecutivas, el Comité de Ministros, les ha dado semejante fuerza en todos los casos –excepto en uno en el que entendió afectado el alcance de sus poderes”¹⁰.

3. La Unión Europea y el Tribunal de Justicia¹¹

En el acervo comunitario se comprenden también numerosas previsiones de política social, fortalecidas tras el Tratado de Ámsterdam con la incorporación del Acuerdo sobre la política social al nuevo texto del Tratado de la Comunidad Europea. Dicho acuerdo sobre la política social enumera derechos y marca las líneas básicas de la política social (arts. 136 a 145), incorporando una cláusula antidiscriminación en el art. 13, y una previsión expresa sobre la exigencia de igualdad entre las mujeres y los hombres (arts. 2 y 3)¹². Por otro lado, con una efectividad directa a partir de la próxima entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión de 2000 dedica un amplio capítulo a los derechos sociales.

Como es sabido, el órgano de control final del Derecho Comunitario es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se caracteriza por su naturaleza judicial y supranacional. Su única función venía definida lacónicamente en el artículo 220 del TCE, que pasa denominarse Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea tras la vigencia del Tratado de Lisboa: “*garantizar el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del*

⁹ L. Jimena Quesada, *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas, 1998-2005*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 52 ss.

¹⁰ J.M. Belorgey, “La Carta Social Europea...”, *cit.*, pp. 353-354.

¹¹ Un estudio detallado sobre el particular puede consultarse en F.E. Úbeda Trajano, “La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en orden a la protección de los Derechos Fundamentales”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, n° 2023, 2006, pp. 4251-4291.

¹² T. Freixes Sanjuán, “La justiciabilidad de la Carta Social Europea”, *cit.*, pp. 116-117.

presente Tratado"¹³. Las sentencias del Tribunal de Justicia tienen carácter vinculante para los Estados miembros independientemente del consentimiento de éstos: su jurisdicción posee carácter obligatorio, extremo éste que hace a este Tribunal único entre los tribunales internacionales, que como norma general supeditan su carácter vinculante al previo consentimiento del Estado¹⁴. El TJUE queda constituido así en el garante de un ordenamiento jurídico propio, que se ve asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales¹⁵. En la medida en que el Derecho Comunitario ha ido reconociendo derechos sociales a los ciudadanos de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia se erige en garante de dichos derechos, haciendo cumplir a los Estados miembros las previsiones comunitarias en materia social.

El Tribunal de Justicia puede recibir recursos directos o bien cuestiones prejudiciales. Respecto a los primeros (básicamente, recurso por incumplimiento, recurso por omisión y recurso de anulación), su finalidad es comprobar si los actos de las instituciones europeas y de los gobiernos nacionales son compatibles con los Tratados. La legitimación para interponer esta clase de recursos está atribuida tanto a los particulares como a los Estados, así como a las propias instituciones europeas, de manera que cualquiera de ellos puede presentar recurso directo ante el Tribunal. En función de quién lo presente, y de cuál sea su objeto, los recursos directos pueden referirse al control de los órganos comunitarios, al contencioso de plena jurisdicción (procesos autónomos) o al control de los Estados miembros.

Respecto a la cuestión prejudicial, cabe destacar que surge de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, que considera pertinente un pronunciamiento del Tribunal de Justicia acerca de la interpretación de los

¹³ Las competencias que se le atribuyen para el desempeño de esta función pueden resumirse en: a) Control del respeto al Derecho Comunitario por las propias Instituciones y órganos comunitarios. b) Control del respeto al Derecho Comunitario por los Estados miembros c) Examen prejudicial de cuestiones relativas a la interpretación del Derecho Comunitario o a la validez de actos comunitarios. d) Responsabilidad extracontractual de la Comunidad. e) Litigios entre la Comunidad y los funcionarios y demás agentes a su servicio. f) Contratos de la Comunidad que contengan una cláusula compromisoria de sumisión a la jurisdicción del Tribunal. g) Controversias entre los Estados miembros relacionadas con el objeto del Tratado que sean sometidas al Tribunal en virtud de un compromiso. h) Elaboración de dictámenes al amparo del artículo 300.6 del Tratado. Cfr. F.E. Úbeda Trajano, "La labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea...", *cit.*, p. 4255.

¹⁴ *Ibidem*, p. 4254.

¹⁵ "La enorme importancia que tiene el Tribunal de Justicia radica en el hecho de que resulta ser la institución que lleva a cabo el control de la legalidad de las demás instituciones comunitarias, así como del cumplimiento de los Tratados por los Estados miembros, garantizando, de esta manera, el que se produzca una aplicación uniforme del Derecho Comunitario". C.F. Molina del Pozo, "El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Tratado Constitucional", *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, n° 2006, p. 132.

Tratados, de los actos de las instituciones comunitarias, o de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo que contemplen tal posibilidad. Al contrario que en el recurso directo, en la cuestión prejudicial se comparte la competencia con el órgano judicial que la hubiera planteado.

II. POSIBILIDAD DE DICOTOMÍAS EN LA RESOLUCIÓN DE SUPUESTOS ANÁLOGOS: EN ESPECIAL, LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El hecho de que existan dos instancias europeas ante las que alegar la vulneración de un derecho social ha, de ser de entrada, bienvenido: constituye el reflejo de la extensión de la protección de los derechos sociales a diversos niveles y en varias sedes. Sin embargo, esta diversidad de órganos de resolución supranacionales puede producir que sobre un mismo asunto recaigan resoluciones inconciliables, lo que dejaría en una situación delicada al operador jurídico nacional. En la doctrina se ha advertido del riesgo de divergencia de jurisdicciones en materia de derechos sociales entre el Tribunal de Justicia comunitario y el CEDS: “por fortuna, esa contradicción aún no se ha producido en el plano práctico o jurisprudencial, aunque el riesgo existe”, e invita a buscar soluciones tendentes a evitar la materialización de dicho riesgo potencial¹⁶. A mayor abundamiento, puede señalarse que “la convivencia, en un mismo ámbito territorial, de dos estándares diferenciados de derechos fundamentales (...) se agrava cuando ese doble estándar afecta, simultáneamente, a los mismos poderes públicos (...). De esta forma, el problema de articulación de ordenamiento se plantea no ya de forma puramente teórica o, incluso, si se quiere, *estética*, sino que se plantea de forma real, en la medida en que la autoridad nacional que actúa en ejecución del Derecho Comunitario estará sometida, simultáneamente, al Derecho Comunitario, en cuanto actúa en ejecución de aquel derecho, y al CEDH [entiéndase también Carta Social], en cuanto autoridad de un Estado que es parte del mismo”¹⁷.

¹⁶ L. Jimena Quesada, *Sistema Europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006, p. 173.

¹⁷ A. López Basaguren, “Comunidad Europea, integración de ordenamientos...”, *cit.*, pp. 138-139. Otros autores, como Garrido, llegan más lejos en sus reflexiones, y se plantean la conveniencia de mantener los dos sistemas europeos de protección de derechos: “Por ello, cabe que nos preguntemos hasta qué punto deben mantenerse en un futuro dos sistemas europeos, uno en el seno de la Unión Europea y otro en el seno del Consejo de Europa, de protección de Derechos Fundamentales. Aunque en teoría los espacios están delimitados –la Carta de la Unión desplegaría sus efectos con relación a la actuación de las instituciones

El caso más cercano a una posible colisión de jurisprudencias sociales se produjo con motivo de dos reclamaciones contra previsiones de Derecho Laboral francés en materia del cómputo de tiempo de trabajo efectivo en relación a los períodos de descanso y el derecho a la salud. El *Code du Travail* francés, y algunas de sus normas de desarrollo, caracterizan las guardias localizadas como un tiempo intermedio entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso, debido a la escasa intensidad de la dedicación que dichas guardias requieren y al carácter meramente eventual de la intervención del trabajador¹⁸. Frente a dicha calificación la Confederación General del Trabajo (CGT) francesa interpuso una reclamación colectiva ante el CEDS, que fue resuelta, aplicando la Carta Social Europea, en diciembre de 2004. Del mismo modo, con motivo de un proceso iniciado por el ciudadano Abdelkader Dellas contra dicha asimilación del tiempo de guardias localizadas al tiempo de descanso, el Consejo de Estado francés planteó al TJUE una cuestión prejudicial sobre la compatibilidad de dicha normativa con las previsiones comunitarias. El Tribunal resolvió en diciembre de 2005, a la luz de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Sendas resoluciones, del CEDS y del TJUE, se refieren asimismo a la duración máxima del trabajo semanal. Respecto a la cuestión de las guardias localizadas, en la que los hechos a juzgar son casi idénticos, las dos resoluciones declaran contraria la homologación del tiempo de guardia localizada al tiempo de descanso en términos muy similares. Sin embargo, cada instancia fundamenta su argumentación en normativa diferente: mientras el Comité aplica la Carta Social Europea, el Tribunal sólo atiende a la normativa comunitaria.

Sin perjuicio del estudio más en detalle que se hará a continuación, cabe destacar cómo ninguno de los dos órganos atendió en su argumentación al derecho positivo vigente en su totalidad, que incluye tanto la Carta Social Europea –vigente en Francia tras su ratificación–, como la normativa comunitaria y sus normas de transposición. Especialmente preocupante resultó la absoluta indiferencia del Tribunal de Justicia hacia la decisión

europas y respecto de los actos de los Estados miembros que apliquen el Derecho Comunitario, mientras que el Convenio Europeo lo hace con relación a los actos de los Estados miembros del Consejo de Europa, con exclusión de los que sean aplicación del Derecho Comunitario-, ambos sistemas pueden acabar yuxtaponiéndose y complicándose, originando situaciones de inseguridad jurídica”, V. Garrido, “El futuro de los derechos humanos en la Unión Europea”, *La integración europea y la transición política en España*, Fundación Faes, Madrid, 2003, p. 298.

¹⁸ El *Code du Travail* define en su artículo L-212-4 bis párrafo 1 las guardias localizadas, como “un período durante el cual el asalariado, sin estar a disposición permanente e inmediata del empresario, tiene la obligación de encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación de servicio de la empresa, computándose dicha intervención como tiempo de trabajo efectivo”.

precedente del Comité Europeo, que por ser anterior en el tiempo y recaer en parte sobre el mismo supuesto, hubiera merecido a nuestro juicio una mayor atención por parte del Tribunal de la Unión Europea.

1. La Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, sobre la Reclamación Colectiva nº 22/2003¹⁹

El comienzo de este procedimiento ante el CEDS data de octubre de 2003, cuando la Confederación General del Trabajo (CGT) presenta una reclamación colectiva por estimar que ciertas disposiciones de la Ley nº 2003-47 de 17 de enero de 2003, relativa a los salarios, al tiempo de trabajo y al desarrollo del empleo, conocida como Ley *Fillon II*, no son compatibles con los artículos 2.1º y 5º (derecho a unas condiciones de trabajo equitativas), 3.1º (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo) y 11.1º y 3º (derecho a la protección de la salud) de la Carta Social Europea revisada. En concreto, la reclamación estima como contrarias a la Carta revisada las previsiones sobre el régimen de la guardia localizada, sobre el sistema de “tanto alzado por días”, y sobre el contingente anual de horas extraordinarias. El Comité, en su Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, concluyó que tanto el régimen de guardia localizada como la situación de los ejecutivos sometidos al régimen de tanto alzado por día constituían una violación de la Carta Social revisada, mientras que estimó que el incremento anual de horas extraordinarias no suponía violación alguna de la Carta. Veamos de un modo esquemático la argumentación del Comité.

Como se ha tenido ocasión de consignar brevemente, la normativa francesa asimila los periodos de guardia localizada sin intervención a periodos de descanso, deduciendo aquéllos de estos últimos. Efectivamente, el artículo 212-4 bis) del *Code du Travail* señala, tras la reforma de la Ley *Fillon II*, que los tiempos de guardia localizada en los que no se requiriera la intervención efectiva del trabajador podrán ser descontados de los tiempos de descanso mínimo semanal y diario. La CGT argumentaba en su escrito que “el régimen de guardia localizada no es conforme al derecho a una duración razonable del trabajo y al derecho al descanso semanal”, y “en la medida en que dicho régimen coloca al asalariado en situación de presión permanente y de fuerte dependencia con respecto a su empleador durante el tiempo de descanso, esta situación sería nociva para el carácter reparador del descanso” (§ 30). En sus alegaciones, el Gobierno francés estimó que “el régimen de guardia localizada no es nocivo para el carácter reparador del descanso” (§ 33). No lo apreció así el Comité, que

¹⁹ Para los extractos en español de la Decisión de fondo se utiliza la traducción de L. Jimena Quesada, *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas, 1998-2005*, cit.

resolvió que dicha asimilación constituía una violación del artículo 2.1º y 5º de la Carta revisada. En su argumentación, el Comité destacó que los períodos de guardia localizada *“aunque no constituyan un tiempo de trabajo efectivo, no pueden ser no obstante, sin límite alguno, asimilados a un tiempo de descanso en sentido del artículo 2 de la Carta (...)”* (§ 35). Y ello porque *“por más que la realización de la prestación presente un carácter meramente eventual, impide incontestablemente al asalariado que pueda dedicarse a otras actividades de su libre elección (...) sin que se vea sometido al azar en el ejercicio de la actividad asalariada”* (§ 36). Y concluye el Comité: *“la ausencia de trabajo efectivo, constatada a posteriori con respecto a un período de tiempo en el que el asalariado no ha disfrutado a priori de su libre disposición, no constituye por lo tanto un criterio suficiente de asimilación de dicho período a un período de descanso”* (§ 37).

El sistema de tanto alzado por días se emplea para determinar la duración legal del trabajo y la reducción efectiva de la jornada laboral de los ejecutivos, y está regulado en el artículo L 212-15-3 del *Code du Travail*. En principio, el máximo número de días de trabajo de un año es de 217. Sin embargo, tras la Ley *Aubry II* –Ley 2000-37 de 19 de enero de 2000-, se autoriza a someter a los ejecutivos con régimen de tanto alzado por días a una duración excesiva del tiempo de trabajo semanal, por cuanto dicho régimen no prevé la limitación a la duración semanal del trabajo desde el momento en que el número máximo de 217 días de trabajo es superado. Además, la Ley *Fillon II* acentúa la situación de no conformidad con el artículo 2.1º de la Carta revisada, ya que tras ella los convenios colectivos podrán definir qué categorías de ejecutivos son afectados por el sistema legal de tanto alzado por días –los ejecutivos directivos, los integrados o los intermedios-, y cuáles no. Por todo ello, la parte recurrente alega dos infracciones de la carta: la duración excesiva del tiempo de trabajo, y la falta de garantías a la negociación colectiva. El Comité, en una sucinta argumentación en la que se remite a sus decisiones de fondo de 16 de noviembre de 2001 y 12 de octubre de 2004, resuelve que *“el régimen de tanto alzado por días constituye una violación del artículo 2.1º de la Carta revisada en razón de la duración excesiva del tiempo de trabajo semanal autorizado, así como de la ausencia de garantías suficientes”* (§ 57).

La tercera cuestión suscitada es la relativa al contingente de horas extraordinarias. El artículo L 212-6 del *Code du Travail* señala que las empresas disponen de un contingente anual de horas extraordinarias, fijado por decreto. Tras las reformas de las Leyes *Fillon II* y *III*, dicho contingente de horas extraordinarias, *“podrá ser fijado, bien por medio de un convenio o un acuerdo colectivo del ramo ampliado bien por medio de un convenio o un acuerdo de empresa o centro de trabajo, en volumen superior o inferior al*

determinado por el decreto (...)" (§ 21)²⁰. Así pues, la negociación colectiva puede señalar límites más desfavorables para el trabajador de los establecidos con carácter general por el decreto. Los recurrentes alegaron que esta posibilidad permitiría la prolongación excesiva del tiempo de trabajo semanal, que podría llegar a las 38,49 horas semanales. Sin embargo, el Comité desestimó dicha pretensión, constatando *"que en modo alguno se ha acreditado que el aumento del contingente anual de horas extraordinarias mediante convenio colectivo ampliado o mediante acuerdo de empresa haya tenido incidencia en la duración real o media del tiempo semanal de trabajo de modo que dicha duración no pueda ser considerada como razonable a la luz del artículo 2.1 de la Carta revisada. En efecto, la cifra barajada por la CGT de 38,49 horas semanales se encuentra dentro de los límites aceptados por el Comité"* (§ 64).

2. La Sentencia *Abdelkader*

Un año después de la Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004, sobre la Reclamación Colectiva 22, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se pronunciaba sobre un supuesto enormemente similar al resuelto por la Decisión del Comité Europeo. En concreto, el 1 de diciembre de 2005 el Tribunal de Justicia emitía una sentencia sobre una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés, que suscitaba dos cuestiones relativas a la ordenación del tiempo de trabajo, especialmente a la calificación y cómputo de las guardias localizadas. El objeto de la cuestión prejudicial radicaba en resolver la compatibilidad del Decreto n° 2001-1384 con las previsiones de la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Dicha cuestión prejudicial se derivó del procedimiento entre *Abdelkader Dellas*, y diversas Confederaciones y Federaciones de trabajadores contra el Primer Ministro y el Ministro de Asuntos Sociales, por la aprobación del mencionado Decreto n° 2001-1384. Las cuestiones que planteaba al Tribunal de Justicia el Consejo de Estado eran las siguientes:

- Habida cuenta de que la Directiva 93/104/CE pretende establecer las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo: ¿debe considerarse que la definición del tiempo de trabajo que contiene la Directiva se aplica exclusivamente a los límites comunitarios? ¿O bien se aplica con carácter general, también a los límites fijados por cada Estado en su normativa nacional, aunque estos límites puedan fijar un nivel de protección más elevado que los límites comunitarios? La importancia de esta cuestión deriva de la diferencia entre los

²⁰ La conocida como *Ley Fillon III* es la Ley n° 2004-391, de 4 de mayo de 2004, sobre el diálogo social.

límites a la duración media del trabajo semanal previstos en la normativa comunitaria (cuarenta y ocho horas) y en la francesa (cuarenta y cuatro).

- ¿Es compatible con la Directiva 93/104/CE un régimen –como el incluido en el Decreto francés objeto de litigio- que computa todas las horas de presencia en el centro de trabajo como tiempo de trabajo, aunque dicho régimen aplique a determinados trabajos de menor intensidad –como las guardias localizadas- un coeficiente de reducción, asimilándolas de algún modo a los períodos de descanso?

La normativa comunitaria –Directiva 93/104/CE- establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, regulando asimismo los períodos mínimos de descanso diario y semanal, así como los tiempos de pausa y la duración máxima del trabajo semanal. Los principales conceptos jurídicos y límites aplicables en el presente caso son:

Tiempo de trabajo: todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales (art. 2).

Duración media del trabajo semanal: no exceda de cuarenta y ocho horas, incluidas las extraordinarias (en un período de referencia que no exceda de cuatro meses).

Período de descanso: todo período que no sea tiempo de trabajo (art. 2).

Descanso diario: once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas (art. 3).

Descanso semanal: veinticuatro horas, por cada período de siete días, a las que se añadirán las once de descanso diario (art. 5).

Por lo que se refiere al marco normativo francés, dos son las cuestiones afectadas por la cuestión prejudicial. En primer lugar, el sistema de cómputo del tiempo de trabajo efectivo y las guardias localizadas. El *Code du Travail* define en su artículo L-212-4 bis párrafo 1 las guardias localizadas, como “un período durante el cual el asalariado, sin estar a disposición permanente e inmediata del empresario, tiene la obligación de encontrarse en su domicilio o en las proximidades para poder, llegado el caso, realizar una prestación de servicio de la empresa, computándose dicha intervención como tiempo de trabajo efectivo” (§22). El Decreto impugnado por Abdelkader se propone concretar el cálculo legal de la duración del trabajo para algunos supuestos determinados de guardia localizada²¹. El artículo 2

²¹ En concreto, para los albergues regidos por personas privadas sin ánimo de lucro a los que se refieren los números 1º, 2º, 4º 5º y 8º del artículo L. 312-1 del *Code de l'action sociale et des familles*; y a los empleos a tiempo completo de los educadores, de los enfermeros, de los ayudantes técnicos sanitarios o de quienes, con la misma cualificación, los reemplacen en las habitaciones de guardia de los dichos lugares, asumiendo la responsabilidad de la vigilancia nocturna.

de dicho Decreto establece un coeficiente reductor para calcular el tiempo de trabajo efectivo, en los siguientes términos: *“Para el cálculo temporal de la duración legal del trabajo en los lugares y para los empleos a los que se refiere el artículo 1 del presente Decreto, cada período de nueve horas de vigilancia nocturna en las habitaciones de guardia se computará como tres horas de trabajo efectivo, añadiéndose media hora más por cada sesenta minutos suplementarios”*. (§ 26)

El Tribunal de Justicia estimó contrarias a la Directiva las previsiones del Decreto nº 2001-1384 en lo relativo a las guardias localizadas. Y ello porque la Directiva *“no contempla una categoría intermedia entre los períodos de trabajo y los de descanso y, por otro parte, que entre los elementos peculiares del concepto de tiempo de trabajo, a los efectos de la Directiva, no figura la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador”* (§ 43). *“La consideración como tiempo de trabajo (...) del período que el trabajador permanece en el centro de trabajo no depende de la intensidad de su actividad –argumenta el tribunal en el punto 58 de la Sentencia–, sino que está únicamente en función de la obligación que tiene dicho trabajador de mantenerse a la disposición de su empleador”*. En consecuencia, el Tribunal resolvió que *“los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro laboral deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad en el sentido de la Directiva 93/104/CE, independientemente de las prestaciones laborales realmente efectuadas por el interesado durante esas guardias”* (§ 46).

La segunda cuestión planteada por el Consejo de Estado, sobre los límites aplicables, se suscita con motivo de los distintos límites establecidos al promedio de trabajo máximo semanal en las normativas francesa y comunitaria. Si la Directiva europea señala como máximo cuarenta y ocho horas en un período de referencia inferior a cuatro meses, el límite de trabajo semanal que establece el legislador francés, en virtud del artículo L. 212-7 párrafo 2 del *Code du Travail*, *“tomando como referencia un período de doce semanas consecutivas, no podrá exceder de cuarenta y cuatro horas. En el curso de una misma semana, la duración del tiempo de trabajo no podrá superar las cuarenta y ocho horas”* (§ 23). Sobre esta cuestión, el Tribunal señala que los límites aplicables a las definiciones de *tiempo de trabajo* de la Directiva 93/104/CE son los límites de la propia Directiva, no aquellos más generosos con el trabajador establecidos en la normativa nacional. La argumentación del Tribunal está recogida en los puntos 51 y 52 de la Sentencia: *“Efectivamente, el artículo 15 de la Directiva 93/104/CE permite expresamente que los Estados miembros apliquen o establezcan disposiciones nacionales más favorables para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores. Cuando un Estado miembro hace uso de tal facultad, como hizo la República Francesa, ya que su normativa nacional establece una duración máxima del tiempo de trabajo semanal de cuarenta y*

cuatro horas de media en doce semanas consecutivas, frente al límite de cuarenta y ocho horas en cuatro meses consecutivos que impone dicha Directiva, el respeto a las reglas contenidas en la misma debe contrastarse únicamente en relación con los límites que en ella se fijan, excluyéndose las disposiciones nacionales más protectoras para los trabajadores”.

3. Potencial diversidad de criterios

Como puede observarse en el breve resumen de la Decisión de fondo de 8 de diciembre de 2004 del CEDS y de la Sentencia *Abdelkader*, sendas resoluciones llegan a idéntica conclusión en la materia de las guardias localizadas. Ahora bien, cada una llega por un camino distinto. Mientras el CEDS aplica la Carta Social Europea, el Tribunal de Justicia se ciñe a la normativa comunitaria (en concreto, la Directiva 93/104/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo). Tres cuestiones se plantean.

Primera. Camino recorrido. Primeramente, cabe preguntarse si el Comité y el Tribunal no deberían haber recorrido el mismo camino para resolver la cuestión, aplicando todo el Derecho vigente, y no solamente los instrumentos jurídicos de cuyo cumplimiento son garantes. Resulta natural, vaya por delante, que el Comité se limite a aplicar la Carta social revisada, y que el Tribunal haga lo propio con el Derecho Comunitario. Conscientes de su cometido específico, dichos órganos cumplen su función escrupulosamente, remitiéndose a las fuentes normativas supranacionales en las que encuentran su razón de ser. Sin embargo, en nuestra opinión, debido a la confluencia de normas europeas relativas a los derechos sociales, ambos órganos deberían haber aplicado todas las disposiciones aplicables, incluidas las normas del Consejo de Europa y de la Unión Europea, ya que su contenido es Derecho vigente, y como tal ha de ser tenido en cuenta. Por ello, a la hora de señalar el Derecho aplicable, el Comité debería haber mencionado la Directiva comunitaria, verdadero derecho interno francés; y el Tribunal debería haber citado la Carta Social Europea, por ser perfectamente aplicable. Esto es una consecuencia evidente del principio jurídico de *curia novit iura*. A mayor abundamiento, cabe apuntar que resulta especialmente flagrante el hecho de que el TJUE evite citar en su argumentación no ya la Decisión del Comité, sino la propia Carta Social Europea, cuando ésta queda expresamente mencionada como parámetro interpretativo en documentos trascendentales de la construcción de la Unión Europea como referente en materia de derechos sociales²².

²² La Carta Social Europea, efectivamente, es mencionada tanto en el Preámbulo del Acta Única Europea, como en el artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea. El frustrado Tratado Constitucional citaba en dos ocasiones la Carta Social Europea: en el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales, y en su artículo III-209. Jimena intuye que la falta

Segunda. Resultado alcanzado. En el presente supuesto las dos resoluciones llegan a soluciones similares, con lo que no aparece el problema de la divergencia de jurisprudencias. Sin embargo, en el hipotético caso de que dicha dicotomía se hubiera producido, no resulta fácil señalar cuál hubiera sido la salida airosa para Francia. Urge pues prever una solución a dicha posibilidad, que puede aparecer por varios caminos, el más plausible de los cuales consiste en atribuir a uno de los órganos una preeminencia o jerarquía sobre el otro. Este extremo se conseguiría si la Unión Europea como tal ratificara la Carta Social Europea. En cualquier caso, esta potencial oposición entre órganos del Consejo de Europa y la Unión Europea no resulta nueva, teniendo un claro precedente en la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el propio TJUE²³.

Tercera. Cortesía institucional o voluntad de cooperación. Allende una perspectiva estrictamente jurídica, resulta poco elegante por parte del TJUE la ausencia de mención alguna a la anterior resolución del Comité Europeo sobre la misma materia. Independientemente de las vías jurídicas que han de ser establecidas para evitar controversias y divergencias entre jurisdicciones, y de cara al futuro, resultaría conveniente que ambos órganos se sintieran vinculados en la defensa de los derechos sociales, y respetaran y reconocieran las posturas del otro de un modo claro. Esta *cortesía institucional o voluntad de cooperación*, no conlleva necesariamente la comunión ciega con las resoluciones del otro órgano, del que se puede discrepar. Lo que supone es un mínimo reconocimiento y respeto, que transmita a los ciudadanos y a los Estados un clima de cooperación y de entendimiento en la protección de los derechos sociales. Si esta cortesía es sustituida por la indiferencia o la desconfianza entre los órganos europeos, más que un sistema multinivel de protección de los derechos sociales en Europa (*multilevel protection system*), tendríamos un sistema multinivel de conflicto y discusión (*multilevel argument system*).

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES

La respuesta a esta posible divergencia de jurisprudencias en materia de derechos sociales no es unívoca. Sin embargo, la solución más adecuada parece la pronta adhesión de la Unión Europea, en primer lugar, al CEDH, como viene reclamando desde hace tiempo la doctrina. Si la adhesión al CEDH ha sido ampliamente recomendada desde varias tribunas

de mención a la Carta Social Europea responde a “una ausencia de voluntad positiva en el Tribunal de Justicia Comunitario”. L. Jimena Quesada, *Sistema Europeo de derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 2006, p. 174.

²³ Para un detenido análisis sobre la relación entre ambos órganos jurisdiccionales, véase C. Hermida del Llano, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 58 ss.

doctrinales, también se ha planteado en el propio seno de la Unión. Efectivamente, la Declaración de Laeken del 15 de diciembre de 2001 invitó a la Convención encargada de preparar la reforma institucional de la Unión a plantearse “*la cuestión de la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de los Derechos Humanos*”²⁴. Como consecuencia de este proceso, el artículo I-9.2 de la propia Constitución europea prevé la adhesión de la Unión a la Convención de Roma.

En nuestra opinión, y sin desconocer la dificultad práctica de dicha medida, junto con la adhesión al Convenio de Roma, la Unión Europea debería extender su adhesión –en la medida en que su ámbito competencial lo permite– a la Carta Social Europea, verdadero corolario en materia social del CEDH. Si bien la necesidad de ratificar el Convenio de Roma resulta ya un lugar común entre la doctrina, poca atención se ha prestado a la importancia la ratificación de la Carta Social. Dos motivos aconsejan la adhesión conjunta ambos instrumentos: la necesaria concepción unitaria de los derechos fundamentales, así como las potenciales confrontaciones entre jurisdicciones sociales que hemos señalado.

Esta adhesión conjunta, en primer lugar, ayudaría a consolidar la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos en la Unión Europea, y manifestaría el compromiso moral y ético de la Unión con dicha defensa²⁵. Junto con ello, se daría respuesta de modo satisfactorio a la necesidad de establecer un orden normativo entre las distintas jurisdicciones competentes en materia de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Si esta adhesión se produce, el Consejo de Europa, a través de sus órganos jurisdiccionales, se encargaría de la fijación de un *estándar mínimo de protección europeo* de los derechos fundamentales, al que quedarían sometidos tanto los Estados miembros como el propio ordenamiento e instituciones comunitarias. Como fruto de esta adhesión, el Tribunal de Luxemburgo quedaría subordinado, de alguna manera, al Tribunal de Estrasburgo y al CEDS, los cuales, respetando el principio de subsidiariedad del Derecho internacional de los derechos humanos²⁶, serían los jueces últimos de la compatibilidad del derecho interno y comunitario con las previsiones del Convenio y de la Carta Social.

TITLE

JURISDICTIONAL CONTROVERSIES IN EUROPE WITH REGARD TO SOCIAL ISSUES. POTENTIAL CONTRADICTIONS BETWEEN THE EUROPEAN

²⁴ Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea, punto II *in fine*.

²⁵ C. Hermida del Llano, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, cit., p. 297.

²⁶ J.A. Pastor Ridruejo, “La interacción de los sistemas de protección de los derechos fundamentales”, *Comentarios a la Constitución Europea* (coords. V. Garrido Mayol, S. García Couso, y E. Álvarez Conde), vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 1665-1667.

COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS AND THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

SUMMARY

I. INTRODUCTION: DIVERSITY OF LEGAL ORDERS AND JURISDICTIONS IN THE FIELD OF SOCIAL RIGHTS IN EUROPE: 1. The construction of one Europe of Social Rights: Diversity of legal instruments and protecting mechanisms. 2. The European Social Charter and its monitoring system. 3. The European Union and the Court of Justice.- **II. POSSIBLE DICHOTOMIES WHEN DECIDING ANALOGOUS CASES: FOCUS ON THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS AND THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION:** 1. The Decision on the merits of 8th December 2004, in relation to Collective Complaint N° 22/2003. 2. The Abdelkader Judgment. 3. Potential diversity of criteria.- **III. CONCLUSIONS AND FINAL PROPOSALS.**

KEY WORDS

Council of Europe; European Union; European Case Law; Social Rights; Multilevel Protection of Fundamental Rights.

ABSTRACT

The present essay intends to illustrate the issue concerning possible contradictions of case law at European level in the field of Social Rights. In this sense, by approaching specific cases, the author proposes the accession of the European Union to the European Social Charter as a mechanism to avoid those conflicts between European jurisdictions.